Hergen Sander

KRITISCHE WÜRDIGUNG DER AUF- UND EINGREIFKRITERIEN DER FUSIONSKONTROLLE NACH § 24 GWB

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0021

Kritische Würdigung der Auf- und Eingreifkriterien der Fusionskontrolle nach § 24 GWB

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Hergen Sander
aus Wattenscheid

1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Lukes
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Leßmann
Dekan:	Prof. Dr. Schneider
Tag der mündlichen Prüfung:	11.2.1976

Meiner lieben Mutter dankbar gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung 1

§ 1 Der neue Rechtszustand und seine Gründe 1

§ 2 Problem- und Standortbestimmung 4

ERSTER TEIL

Verfolgter Zweck und öffentliches Interesse als Legitimitätsvoraussetzungen der Fusionskontrolle 13

§ 1 Kurze Entwicklungsgeschichte der Fusionskontrolle 13

§ 2 Steht ein öffentliches Interesse an weiterer Konzentration einer Fusionskontrolle entgegen? 22

I. Die "optimale Konzentration" als Einwand gegen eine Fusionskontrolle 23

II. Gesetzmäßigkeit der Konzentration oder Ideologie? 25

§ 3 Europa-Argument versus nationale Lösung 29

I. Das politische Integrationsproblem 3o

II. Nicht erfüllte Integrationsvoraussetzungen - die Notwendigkeit nationaler Lösungen 32

ZWEITER TEIL

Ist die Fusionskontrolle eine systemkonforme Regelung innerhalb der sozialen Marktwirtschaft? 36

§ 1 Zur Notwendigkeit der Fragestellung 37

§ 2 Der Maßstab für eine Konformitätsprüfung 44

I. Das Kriterium der Marktkonformität 46

II. Die Kenntnis der Ursachen der Konzentration als Beurteilungsvoraussetzung 48

1. Einzelwirtschaftliche Ursachen 5o

a) Produktionsbedingte Ursachen 5o

b) Konzentrationsimpulse aus dem Beschaffungsbereich 53

c) Konzentrationsursachen des Absatzbereiches 59

ca) Einzelwirtschaftliche Aspekte der Werbung 62

cb) Gesamtwirtschaftliche Aspekte der Werbung 65

d) Konzentration und Finanzierung 69

2. Gesamtwirtschaftliche Ursachen 75
3. Zusammenfassende Auswertung 8o

DRITTER TEIL

Ist die Fusionskontrolle insbesondere in Anbetracht ihrer absoluten Aufgreifkriterien ein zieladäquates Mittel? 85

§ 1 Zum Sinn der Fragestellung 85

§ 2 Zur Problematik des Maßstabes 89

§ 3 Die "demokratische Legitimation" als Maßstab und relevante Zielvorgabe 92

I. Die Stellungnahmen der Kirchen, Parteien und Verbände zum Problem wirtschaftlicher Macht als Anknüpfungspunkt 95

1. Das Verhältnis der katholischen Kirche zur wirtschaftlichen Konzentration 97
2. Die evangelische Kirche in ihrer Einstellung zur Konzentration 1o1
3. Die Grundeinstellung der CDU/CSU zur Konzentration und wirtschaftlichen Macht 1o4
4. Die SPD und die wirtschaftliche Machtkonzentration 1o9
5. Die FDP in ihrer Einstellung zur Konzentration 113
6. Der Deutsche Gewerkschaftsbund und sein Verhältnis zur wirtschaftlichen Konzentration 117
7. Der BDI und seine Ansicht zur Konzentration 122

II. Zusammenfassung und Einordnung dieser Vorstellungen in den Rahmen grundgesetzlicher Wertungen 127

1. Die Grundrechte als Werte allgemeinder Bedeutung 127
2. Zur Notwendigkeit der Grundrechtsdurchsetzung im privaten Rechtsbereich 135
3. Zusammenfassende Auswertung - Freiheit versus Effizienz 14o

§ 4 Wie vereinbaren sich die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle mit den Sachzwängen einer Stabilitätspolitik? 154

I. Zum Charakter des Stabilitätsgesetzes 155

II. Neuere Ansätze der Inflationstheorie und empirische Hintergründe 156

III. Marktmacht versus Stabilitätspolitik 159

IV. Auswertung im Hinblick auf die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle 165

§ 5 Die Ausgestaltung der Fusionskontrolle im Vergleich zur Konzeption des GWB 17o

I. Leitbilder im GWB - kritische Überlegungen 171

1. Die vollkommene Konkurrenz 172

2. Der neoklassische Ansatz Hoppmanns 176

3. Die Grundvorstellungen eines effizienzbezogenen Konzepts nach Kantzenbach 185

a) Kurzfristige Probleme des Konzepts 19o

b) Langfristige Probleme des Konzepts 193

4. Zur generellen Problematik ökonomischer Konzepte - zusammenfassende Auswertung 195

II. Persönliche Freiheit und ökonomische Effizienz aus der Perspektive des Grundgesetzes 199

III. Folgerungen für die Interpretation des GWB 2o4

IV. Kann "der Wettbewerb" unmittelbares Ziel des GWB sein? 2o9

1. Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbsdefinition 2o9

a) Ursachen des Wettbewerbs 2o9

b) Voraussetzungen des Wettbewerbs 21o

c) Wettbewerb als Sozialprinzip 211

2. Folgerungen für wettbewerbliche Regelungsansätze 212

a) Operationalität als Voraussetzung des Ziel- und Schutzgutcharakters 212

b) Durchsetzbarkeit als Voraussetzung des Ziel- und Schutzgutcharakters 212

c) Ergebnis 213

V. Die wirtschaftliche Freiheit als Schutzgut des GWB 219

1. Zur Vereinbarkeit des Freiheitsschutzes mit § 1 GWB 22o

2. Der Freiheitsschutz in sonstigen Bestimmungen des GWB 225

3. Zur Parallelität des Regelungsgegenstandes und der Regelungsmethode im GG und GWB 225

a) Grundtendenzen des GG in Bezug auf die Freiheit und ihre Verwirklichung 225

b) Freiheitsvorstellung und Realisation im GWB 227

c) Zusammenfassender Vergleich 229

4. Folgerungen für die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle 231

VI. Die Problematik der relativen Kriterien des § 24 GWB 233

1. Grundsätzliche Probleme relativer Eingriffsvoraussetzungen 235

a) Die Schwierigkeit der Marktabgrenzung 236

b) Probleme der Bestimmung der Marktmacht 243

2. Die relativen Eingreifkriterien des Tatbestandes - Freiheitsschutz und Sachgerechtigkeit 245

a) Die Erwartung, "daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird" 245

b) Zur Möglichkeit des Nachweises, daß die Vorteile eines Zusammenschlusses dessen Nachteile überwiegen 247

c) Zusammenfassung 254

3. Zur analogen Problematik des § 24 Abs. 3 Satz 1 GWB 255

4. Die relativen Kriterien und das Rechtsstaatspostulat des Grundgesetzes 259

a) "Marktbeherrschung" und Rechtsstaatspostulat 261

b) Die Abwägungsklauseln und das Bestimmtheitsgebot 263

VIERTER TEIL

Folgerungen für neue Ansätze 265

§ 1 Die Sachgerechtigkeit als Ausgangspunkt 265

I. Das Wesen der horizontalen Zusammenschlußrichtung 268

II. Die Problematik vertikaler Zusammenschlüsse 272

III. Die wesentlichen Merkmale diagonaler Zusammenschlüsse 281

IV. Zusammenfassung 295

§ 2 Mögliche Auswirkungen verschärfter Regelungsansätze 296

I. Zur Vereinbarkeit von technischem Fortschritt und verschärfter Fusionskontrolle 297

II. Abschließende Betrachtung 305

Literaturverzeichnis 314

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AER	The American Economic Review, Publication Office Menasha/Wisconsin
BB	Der Betriebs-Berater, Heidelberg: Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Köln
BddW	Blick durch die Wirtschaft
BKA	Bundeskartellamt Berlin
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart
DRZ	Deutsche Richterzeitung, Köln
ed.	edited
Ed.	Edition
ERP	European Recovery Program
EWGV	Vertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 1.1.1958
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Schriftenreihe
F. Supp.	Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States
F.T.C.	Opinions and Decisions of the Federal Trade Commission of the United States
Gen. Ed.	General Editor
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
JB f. Nat. u. Stat.	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Stuttgart
JPE	The Journal of Political Economy, Chicago/Ill.

JZ	Juristenzeitung, Tübingen
Kyklos	Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften, Basel
MA	Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, München
N.B.E.R.	National Bureau Committee for Economic Research
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München-Frankfurt
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe, Herne
OEEC	Organization for European Economic Cooperation, (Europäischer Wirtschaftsrat), Paris
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Düsseldorf-München
P.P.	Papers and Proceedings des AER
Rdnr.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18. August 1971, BT-Drucksache VI/252o
S.C.	Senate Committee
SVR	Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung
TNEC	Temporary National Economic Committee
U.S.	United States
vs.	versus
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VfS	Schriften des Vereins für Socialpolitik, Berlin
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vol.	Volume
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Marktorganisation, Düsseldorf
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, Frankfurt

Einführung

§ 1 Der neue Rechtszustand und seine Gründe

Am 5.8.1973[1] wurde der Regierungsentwurf der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18.8.1971 mit einigen Abweichungen geltendes Recht. Während die Novelle des Jahres 1966[2] nur kleinere Korrekturen brachte, wird die des Jahres 1973 teilweise als ein neues Kartellgesetz empfunden.[3] Dazu hat nicht zum geringsten Teil die Aufnahme einer Fusionskontrolle[4] geführt, die lange Zeit als beabsichtigter Gesetzesbestandteil heftig umstritten war.[5] Doch auch nach ihrer Einführung wird sie nur - wenn überhaupt - mit erheblicher Reserviertheit bejaht. Diese Reserviertheit folgt entweder aus einer überwiegend ablehnenden Haltung, weil die Eingriffe in die Freiheit marktwirtschaftlicher Prozesse zu stark seien[6], oder aber aus einer enttäuschten Erwartung.[7] Solche

---

1) BGBl. I 917 v. 4.8.1973
2) BGBl. I 37, 1966
3) G. Rauschenbach, Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater, NJW 1973, S. 1857 ff; Gleiss/Bechthold, Das neue deutsche Kartellgesetz, Der Betriebs-Berater, 1973 S. 1142 ff
4) vgl. zur Begriffskritik W. Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln-Berlin-Bonn-München 1969, S. 69, der zu Recht die Gesetzesterminologie des GWB anführt, wonach es "Zusammenschlußkontrolle" heißen muß. Im weiteren soll jedoch "Fusionskontrolle" synonym für "Zusammenschlußkontrolle" benutzt werden. Vgl. auch H.-R. Ebel, Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen II, NJW 1973, S. 1665 ff, 1666
5) vgl. H.-R. Ebel, Novellierung ... I, NJW 1973, S. 1577 ff; P. Raisch, Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer und gesamtwirtschaftlicher Sicht, in: Raisch, Sölter, Kartte, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970, S. 11 ff, 12 f
6) A. Sölter, Von der Wettbewerbswirtschaft zur Wettbewerbsbewirtschaftung, Der Volkswirt 1970, Nr. 16, S. 48 ff; derselbe, Wider eine nationale Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle ..., a.a.O., S. 45 ff
7) H.-H. Barnikel, Wenn es um Machtfragen geht, Der Volkswirt, 1970, Nr. 18, S. 38 ff; H. Lenders, Wettbewerb und Unternehmerinitiative, marktwirtschaft 1970, Heft 5, S. 14 ff; I. Schmidt, Fusionskontrolle - Rückblick und Ausblick, marktwirtschaft 1971, Heft 1/2, S. 22 ff, 24

enttäuschten Erwartungen finden ihre Ursache zumeist in der Annahme, daß die mit der Kontrolle verfolgten Ziele bei der tatsächlichen Form des Gesetzes nicht gewährleistet werden könnten.[1)]

Die verfolgten Ziele lassen sich zunächst schlagwortartig zusammenfassen mit "Erhaltung des Wettbewerbs" bzw. "Erhaltung der Marktwirtschaft".[2)] Die Fusionskontrolle will sich deshalb gegen den Prozeß externen Wachstums richten, der als unerwünschte Machtkonzentration sowohl aus wirtschafts- als auch aus gesellschaftspolitischer Sicht zu einer Gefährdung des Wettbewerbs und damit eines Grundpfeilers der Marktwirtschaft führen kann.[3)] Ausgangspunkt für diese Befürchtungen ist die Annahme, daß Konzentration und Wettbewerb sich gegenseitig beeinflussen, indem die Konzentration eine Folge der Konkurrenz sein, diese aber auch aufheben kann. Eine Wirtschaftsordnung ändert sich jedoch, wenn Monopolstellungen und Herrschaftsverhältnisse am Markt entstehen, die im Ausleseverfahren dieses Marktes, soweit ein solches noch besteht, allein dem Mächtigeren zum Erfolg verhelfen.[4)]

---

1) H.-H. Barnikel, Wenn es ..., a.a.O., S. 38: "zaghafter Verbesserungsversuch"; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, Tübingen 1972, S. 59 ff

2) H.-R. Ebel, Novellierung ... I, a.a.O., S. 1577; vgl. dazu auch die Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit: 1972, BT-Drucksache 7/986, S. 11; 1973, BT-Drucks. 7/225o, S. 5 ff; ferner Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1971, BT-Drucks. 6/357o, S. III ff sowie die Jahreswirtschaftsberichte der Bundesregierung für: 1973, BT-Drucks. 7/225, S. 12 ff; 1974, BT-Drucks. 7/1646, S. 12 ff; 1975, BT-Drucks. 7/3197, S. 14 ff

3) vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 6/252o, S. 15 f, 19 Zif. 2; Tätigkeitsbericht des BKA 1973, a.a.O., S. 5; E. Hoppmann, a.a.O., S. 6o ff; V. Emmerich, Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, (im folgenden Böhm II), Tübingen 1975, S. 119 ff, 125

4) vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage an den Ständestaat, Wirtschaftswoche 1972, Nr. 18, S. 32 ff; derselbe, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Böhm II, a.a.O., S. 383 ff, 384; E. Günther, Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, in: Böhm II, a.a.O., S. 183 ff, 191 f

Wirtschaftliche Konzentration und damit Macht findet sich unbestritten in jedem Wirtschaftssystem. Während jedoch jede Wettbewerbswirtschaft durch ein nicht genau festliegendes "Übermaß" von Konzentration in ihrer Funktionsfähigkeit gefährdet wird, kann in jeder Art von zentraler Planwirtschaft die Konzentration geradezu Mittel staatlicher Lenkung sein. Ein Zuviel an Konzentration kann demnach - gewollt oder ungewollt - zu einer Veränderung des gesamten Ordnungsgefüges einer Marktwirtschaft hin zu einer Zentralverwaltungswirtschaft führen.

Es besteht deshalb ein umfassendes Bedürfnis, nicht nur den Staat in seinen Machtäußerungen an Recht und Gesetz zu binden und dem einzelnen ihm gegenüber durch Grundrechte Freiheitsspielräume zu sichern. Vielmehr wird, gerade soweit dies geschehen ist, die Lebensfähigkeit der so geschaffenen Gesellschaftsordnung entscheidend davon abhängen, daß auch die unternehmerische Macht an das Recht gebunden wird.[1] Dabei herrscht weitgehende Einigkeit zumindest darüber, daß der 'Wettbewerb das wirtschaftliche und gesellschaftliche Organisationsprinzip der Marktwirtschaft' ist[2], wenn auch über die genaueren Modalitäten seiner Definition und Verwendung keine Übereinstimmung festzustellen ist. Aus dieser Sachkonstellation ergibt sich, daß die Fusionskontrolle als wettbewerbsschützendes Mittel über den Wettbewerb hinaus zugleich auch

---

1) Vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 36; P. Raisch, Zur Notwendigkeit ..., a.a.O., S. 18; J. Plaßmann, Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1970, S. 779 ff, 787; U. Scheuner, Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, Einführung, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Hrsg. U. Scheuner, Frankfurt 1971, S. 9 ff, 33 f, 43 ff; H.F. Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Böhm (im folgenden Böhm I), Karlsruhe 1965, S. 63 ff, 108; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, S. 193 ff, 194; R. Lukes, Wettbewerbsrecht und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 20/I, 2.A., Berlin 1971, S. 579 ff, 600

2) vgl. "Wettbewerbstheorie", Wirtschaftswoche 1972, Nr. 18, S. 36 f

die Marktwirtschaft und das sich daraus entwickelte Wirtschafts- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik seinen Grundzügen nach erhalten will.[1)]

Die hinter dieser aktuellen Problematik stehenden allgemeinen Interdependenzen zwischen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen sind nicht nur schon lange bekannt[2)], sondern haben neuerdings auch zu einer dialektischen Betrachtung der menschlichen Gesellschaft geführt.[3)] Speziell für den Bereich der Konzentrations- und Fusionskontrolle ist dieser Sachzusammenhang auch von der Bundesregierung in ihrer Begründung zum Regierungsentwurf ausdrücklich herausgearbeitet worden. In ihr heißt es u.a.: "In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar".[4)]

§ 2 Problem- und Standortbestimmung

Dies bedeutet für eine Auseinandersetzung mit der Fusionskontrolle, daß auf Interdependenzen verschiedener Art Rücksicht zu nehmen ist. Denn die aufgezeigten Beziehungszusammenhänge bestehen vom ökonomischen Markt her gesehen sowohl zwischen Konzentration, Marktmacht, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung als auch zwischen Konzentration, Marktmacht,

---

1) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des GWB vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 22; P. Raisch, a.a.O., S. 19; S. Klaue, Gedanken zur Fusionskontrolle, Der Volkswirt 1970, Nr. 33, S. 35 ff: "Sachentscheidung von erstrangiger Bedeutung", S. 35

2) "So wie sich daher die Ordnung und das Recht der gesellschaftlichen Funktionen ändert, so wird dieser Aenderung unbedingt eine Umgestaltung des Privatrechts folgen; und umgekehrt, wo eine Aenderung des Privatrechts auftritt, da wird eine Aenderung des eigentlich gesellschaftlichen Rechts entweder schon vorhanden seyn, oder doch nachfolgen." L.v.Stein, System der Staatswissenschaft, II. Bd, Die Gesellschaftslehre, Stuttgart-Augsburg 1856, S. 229

3) R. Zippelius, Das Wesen des Rechts, 2.A., München 1969, S. 169 ff m.w.N.; R. Laun, Allgemeine Staatslehre, 9.A., Schloß Bleckede 1964, Teil 1 u. 2

4) Regierungsentwurf v. 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16

politischer Macht und Gesellschaftsordnung.[1] Zu beiden Stoßrichtungen der Konzentration tritt aber der Effekt, daß sie sich akzelerativ beeinflussen. Daraus erwächst die besondere Gefahr, daß sich Marktmacht nicht nur in einem reinen Prozeß am Gütermarkt entwickelt. Vielmehr wird diese Marktmacht zu einer gleichzeitig wachsenden politischen Macht, die unmittelbar im Wege der Beeinflussung der öffentlichen Meinung und der gesetzgeberischen Willensbildung benutzt und eingesetzt werden kann, um die Machtentwicklung am Markt zu beschleunigen, die ihrerseits die politische Macht verstärkt.[2]

Die mangelhafte Bewältigung solcher Prozesse ist besonders für den Bereich der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in der Vergangenheit bezeichnend gewesen. Denn beide Disziplinen müssen sich vorwerfen lassen, auch heutzutage teilweise noch zu einseitig im wissenschaftstheoretischen Bereich zu argumentieren und die praktischen gesellschaftlichen Prozesse zu wenig in ihr Kalkül einzubeziehen. So ringt z.B. die Strafrechtswissenschaft in häufig schwerfälliger Form um eine lebensnahe Erfassung realer Sachverhalte[3], wie auch die Zivilrechtswissenschaft des öfteren aktuelle Entwicklungen nur nachträglich in den Griff bekommen kann.[4]

Andererseits werden durch den Gesetzgeber Prozesse in Gang gesetzt, deren Sinnhaftigkeit wie z.B. in den Marktordnungen der EG höchst fragwürdig ist. Oder aber bisher vernachlässigte Gebiete wie z.B. der Umweltschutz und die "Lebensqualität"[5] werden aus teilweise ebenso vordergründigen politischen Motiven wie bei der Agrarmarktordnung übereilt und

---

1) vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34
2) vgl. G. Braunthal, The Federation of German Industry in Politics, New York 1965
3) J. Baumann, Moderne Probleme der Strafrechtsreform, Universitas 1973, S. 363 ff
4) vgl. für den vorliegenden Problemkreis dazu H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 193
5) vgl. dazu J. Améry, Die heutige Industriegesellschaft und die "Lebensqualität" als Problem der Gesellschaftsentwicklung, Universitas 1974, S. 165 ff

möglicherweise übertrieben geregelt.[1)]

Doch auch die Wirtschaftswissenschaft hat insoweit ihre spezifische Problematik, die sich bei genauerem Hinsehen allerdings weniger als ein Erkenntnisproblem der Wissenschaft darstellt. Es ist vielmehr die Schwierigkeit, die Erkenntnisse in der Realität politischer Willens- und Gesetzesbildung auch durchzusetzen. Dies mag exemplarisch folgenden Tatsachenzusammenhängen entnommen werden. In der jüngeren Vergangenheit sind in erheblichem Umfange theoretische Instrumente der Wirtschaftssteuerung erdacht worden, die sowohl zur Bekämpfung einer Beschäftigungslosigkeit als auch zur Vermeidung inflatorischer Prozesse eingesetzt werden könnten. Ein Blick in die Realität wird aber den Eindruck vermitteln, daß diese Instrumente teilweise wirkungslos sind. Wenn auch längerfristig gesehen die Beschäftigungslosigkeit weitgehend hat vermieden werden können, so hat sich doch die Inflation in einem steigenden Trendkanal entwickelt.[2)] Diese Diskrepanz läßt sich ohne Schwierigkeit erklären, wenn wir den Betrachtungskreis der Entwicklung theoretischer Instrumente um den der praktisch-politischen Durchsetzbarkeit erweitern und so etwas wie "Neue politische Ökonomie"[3)] betreiben. Wir erkennen dann, daß eine Wirtschaftspolitik des Aufschwunges, der Bekämpfung einer Rezession oder sogar Depression eine grundsätzlich einstimmige Bejahung erfährt, weil aus ihr für jeden eine höhere persönliche Wohlfahrt folgt. Auch die politischen

---

1) Vgl. dazu neben der aktuellen Tagespresse Th. Löbsack, Die Müll-Lawine in unserer Gegenwart, Universitas 1971, S. 1285 ff; J. Monod, A.v.Szent-Györgyi, G. Wald, Die Weltsituation heute, die Umweltprobleme und die Zukunft, Universitas 1972, S. 1 ff; K. Steinbuch, Die Kontrolle der Technik und die Probleme unserer Gesellschaft in Gegenwart und Zukunft, Universitas 1972, S. 229 ff, 236 ff; J. Kühne, Die gesellschaftspolitische Bedeutung der Bodenfrage, Universitas 1975, S. 271 ff

2) W. Hofmann, Die säkulare Inflation, Berlin 1962; H. Enke, Ziele der Stabilitätspolitik: Neuinterpretation, Messungsprobleme, Empirische Interdependenzen (Einschließlich theoretische Deutung), in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, Hrsg. B. Gahlen, H.K. Schneider, Tübingen 1974, S. 3 ff, 14; R. Henschel, Institutionelle und organisatorische Hintergründe der Stabilitätspolitik, in: Grundfragen ..., a.a.O., S. 37 ff, 42 ff

3) B.S. Frey, Wirtschaft und Politik - Zur heutigen Situation der Nationalökonomie als politische Wissenschaft, Universitas 1974, S. 785 ff, 789

Instanzen wissen um den meßbaren und wahltaktisch ausnutzbaren Zuspruch, den ihre entsprechenden Maßnahmen erhalten werden. Ein gutes theoretisches Instrumentarium stößt somit auf eine gesellschaftspolitische Situation, in der es nicht nur verstanden, sondern auch allseits aktiv getragen wird.

Dagegen ist diese Konstellation völlig anders, wenn es um die Bekämpfung der Inflation geht. Zwar wird auch hier das theoretische Instrumentarium als gut anerkannt und sein Einsatz verbal gefordert, doch es wird nicht sogleich auch von allen getragen.[1] Zumeist werden vielfältige Abänderungsvorstellungen laut, bis schließlich jede Gruppe von einer anderen deren Stabilitätsbeitrag fordert, um möglichst ohne eigene Opfer an der allgemeinen Stabilisierungswirkung fremder Verzichte teilhaben zu können.[2]

Für die politische Führung als einziger dem Gemeinwohl formell und materiell verpflichteter Instanz besteht nun ein Dilemma. Die nicht freiwillig erbrachten Opfer müssen mit der Folge auferlegt werden, daß Stabilitätspolitik als Politik der erzwungenen Opfer Mißmut und negative Assoziationen gegen die verordnende Instanz weckt. Es ist deshalb naheliegend, daß eine keineswegs selbstlose politische Instanz aus Gründen ihrer Wiederwahl solche Popularitätseinbußen zu umgehen oder zu minimieren sucht. Die theoretischen Forderungen der Wissenschaft werden folglich zu einem meist nur bedingt wirkungsvollen politischen Kompromiß umgewandelt. Die Gründe für eine schlagseitige Entwicklung zugunsten einer reinen Expansionspolitik sind damit skizziert.

Was folgt daraus nun für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Fusionskontrolle? Zunächst ist im Vergleich zu den vorangegangenen Ausführungen festzustellen, daß auch sie ein altes, theoretisches Ordnungsinstrument ist, das schon zu Beginn der nach 1945 einsetzenden Antikartellpolitik konzipiert war, um die bereits aufgezeigten Ziele zu erreichen und

---

1) Vgl. A.E. Ott, Bericht über die Diskussion zum Referat H. Enke, in: Grundfragen ..., a.a.O., S. 29 ff, 30

2) R. Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Böhm I, a.a.O., S. 41 ff, 42, II

abzusichern.[1] Darüber hinaus ist sie wie das GWB selbst ein Mittel zur Beschränkung bestimmter unternehmerischer Praktiken, so daß es wie im vorigen Beispiel naheliegt, mit einem entsprechenden Druck dieses Sektors auf die politischen Körperschaften zu rechnen. Die zu erwartende Folge wäre auch hier eine Abschwächung des möglicherweise vom Prinzip her guten Instrumentes bis zu einer völligen Zielinadäquanz. Für die vorliegende Untersuchung wird deshalb die gegenseitige Verknüpfung von Wirtschaft, Recht und Politik transparenter zu machen und in ihrer Wechselseitigkeit zu beachten sein.[2] Dabei wird sich zeigen, daß gerade die Fusionskontrolle ein wichtiger Bestandteil des allgemeinen Regelungsproblems ist, wonach Gleichheit und Freiheit in eine sinnvolle Wechselbeziehung zu bringen sind.[3] Für den Gesetzgeber folgt daraus, daß er unter Beachtung rechtsstaatlicher Erfordernisse entsprechende Instrumente zu schaffen hat. Diese haben die wirtschaftspolitischen Ziele in Einklang zu bringen mit dem Anspruch des einzelnen z.B. auf gerechte Teilhabe am Sozialprodukt, auf chancengleiche Wahlmöglichkeit von Berufen und auf menschenwürdige Behandlung im Arbeits- und Marktprozeß.[4]

Wie sehr ein Gesetzgeber bei Erfüllung solcher Anforderungen Belastungen und politischem Druck ausgesetzt ist,

---

1) Vgl. E. Günther, Die geistigen Grundlagen ..., a.a.O., S. 183 ff

2) vgl. H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, passim; derselbe, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 8o. Geb., Tübingen 1962, S. 23 ff; K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung ..., a.a.O., S. 71 ff; P. Bernholz, On the Reasons of the Influence of Interest Groups on Political Decision-Making, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 1974
B.S. Frey, Wirtschaft und Politik, a.a.O., S. 788

3) vgl. H. Arndt, Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle, Kritik, Bd 2, Köln-Opladen 1969, S. 23 ff, 35 ff; P. Raisch, Zur Notwendigkeit ..., a.a.O., S. 24

4) vgl. U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 34, 43 ff, 58 ff; BVerfGE 23/5o ff, 59; P. Raisch, a.a.O., S. 25

zeigt beispielhaft das GWB selber.[1] Unmittelbar aus den Erfahrungen seiner Entstehung kann deshalb der hier vorgezeichnete weite Betrachtungsrahmen gegenüber der Fusionskontrolle begründet werden. Denn auch das GWB selber trat mit dem politischen Anspruch an, die genannten Ziele zu verwirklichen. Doch schon seit seiner Einführung am 27. Juli 1957 ist durch Vergleich der Entwürfe mit dem in Kraft getretenen Gesetz objektiv feststellbar und allgemein anerkannt, daß dieses Gesetz wegen des Widerstandes interessierter Kreise[2] von Anbeginn ein wettbewerbsrechtlicher Torso war.[3] Dies lag zum einen daran, daß der Grundsatz des Kartellverbots zunehmend den Charakter einer Ausnahmeregelung gemessen an den Zulassungsmöglichkeiten bekam[4] und zum anderen an einer schon im Regelungsansatz ineffizienten Mißbrauchskontrolle.[5]

Noch grundsätzlicher zeigte sich das gesetzgeberische Versagen allerdings darin, daß die ohnehin abgeschwächten Eingriffsbefugnisse des Staates sich überhaupt nur einseitig mit vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Machtmißbrauch beschäftigten. Diese Diskrepanz zwischen dem allgemein formu-

---

1) G. Braunthal, The Federation ..., a.a.O., S. 236 ff; E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., S. 2o2, der von einem halbherzigen Kompromißcharakter des GWB gegenüber wirtschaftlicher Macht spricht; vgl. auch M. Kriele, 25 Jahre Grundgesetz: Der Staat ist immer weiter zurückgewichen, Frankfurter Rundschau Nr. 112 v. 15. Mai 1974, S. 6

2) vgl. dazu V. Gräfin v. Bethusy-Huc, Demokratie und Interessenpolitik, Wiesbaden 1962, die u.a. am Kartellgesetz den Einfluß der Interessenverbände auf die parlamentarische Willensbildung durchleuchtet; G. Ziersch, Der BDI-Ausschuß für Wettbewerbsordnung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zehn Jahre Kartellgesetz, 1958 - 1968, Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, Bergisch Gladbach 1968, S. 444 ff; G. Braunthal, a.a.O., S. 236 ff m.w.N.; H.-H. Barnikel, Wenn es ..., a.a.O., S. 38

3) E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., S. 2oo ff

4) G. Ziersch, Zehn Jahre ..., a.a.O., S. 444 ff; G. Braunthal, The Federation ..., a.a.O., S. 245 ff m.w.N.; V. Gräfin v. Bethusy-Huc, Demokratie ..., a.a.O., S. 36 ff; W. Möschel, Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1 GWB, NJW 1975, S. 94 ff, 94 II; E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34

5) P. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd 7, Berlin-Zürich 1968, S. 357 ff

lierten "Schutzgut Wettbewerb"[1] und der nur teilweisen Erfassung wettbewerbsrelevanter Vorgänge blieb erwartungsgemäß auch nicht nur ein theoretisch-wissenschaftliches Problem. Wie die Regelung des § 1 GWB nur zustande gekommen war, weil ein praktisches Bedürfnis bestand, so wurde ebenso naheliegend in der Praxis die nunmehr verbotene Kartellierung durch die Fusionierung ersetzt, wann immer dies nötig erschien.[2] Hinzu kam, daß auf seiten der Wirtschaft diese Form auch deshalb gewählt wurde, weil mit Blick auf ähnliche Entwicklungen in Amerika und England unverkennbare Nachahmungstendenzen bestanden. Schon bald erhoben sich allerdings Stimmen, die erneut darauf hinwiesen, daß Kartelle und Fusionen gegenüber dem Schutzgut Wettbewerb gleiche Wirkung hätten und deshalb auch gleich behandelt werden müßten.[3] Doch selbst Böhm, als Verfechter einer wirksamen Anti-Kartellpolitik bekannt, versuchte solche Feststellungen mit der Behauptung zu entkräften, daß Kartelle leichter zu bildende und somit operationalere und schnellere Mittel gegen den Wettbewerb seien.[4] Spätestens die tatsächliche Entwicklung hat diese Meinung widerlegt, die daran krankte, daß sie sich überwiegend im wissenschaftstheo-

---

1) Vgl. E. Hoppmann, Konzertierte Aktion und der "Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung", in: Konzertierte Aktion - Kritische Beiträge zu einem Experiment, Frankfurt 1971, S. 285 ff

2) vgl. Gutachten zum Wettbewerbsproblem, erstattet vom wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband, Göttingen 1962, S. 21; E. Günther, Die Wettbewerbsordnung in der Marktwirtschaft, in: Planung in der Marktwirtschaft, Stuttgart 1964, S. 199 ff; derselbe, Probleme der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 52, a.a.O. 197o, S. 7, 16; Bericht des BKA über seine Tätigkeit im Jahre 197o, BT-Drucks. VI/238o, S. 1o, 12; P. Peschel, Modernisierung des Wettbewerbrechts verlangt Fusionskontrolle, marktwirtschaft 197o, Heft 4, S. 15 f, 16

3) so auch die heutige Feststellung der Bundesregierung: "Unternehmenskonzentration kann den Wettbewerb ebenso beeinträchtigen wie die Kartellierung ...", Regierungsbegründung zur 2. Novelle, a.a.O., S. 16

4) vgl. F. Böhm, Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, WuW 1956, S. 173 ff, 181, 183; ähnlich auch W. Kartte, Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, S. 565 ff, 575; andererseits stellte Böhm auf der Tagung der Mont-Pélérin Society Anfang September 197o fest, daß die Antitrustpolitik gegenüber den modernen Methoden der Monopolisierung weit zurückgefallen sei, vgl. WuW-Kurzinformationen, WuW 197o, S. 654

retischen Raum abstützte. Außer acht gelassen war die Tatsache, daß Interessen gelebt und somit vom Willen zur Durchsetzung getragen werden. Wo eine solche Durchsetzung nicht in geplanter Form erfolgen kann, wird sich ein Interesse folglich auf andere Weise Geltung verschaffen. Dies selbst dann, wenn die Umgehungsmöglichkeit tatsächlich weniger günstig sein sollte als die ursprünglich geplante Realisation. Auch seitens der entscheidungskompetenten Stellen hätte eine entsprechende planende Vorausschau zugunsten des Schutzgutes Wettbewerb gerade in einem marktwirtschaftlichen System nahe gelegen, das seine Stärke mit der Mobilität und Flexibilität seiner Wirtschaftssubjekte begründet.[1] Dann aber sind diese Eigenschaften auch den Wirtschaftssubjekten als Rechtssubjekten immanent, so daß den juristischen wie faktischen Umgehungsmöglichkeiten stets das größte Interesse entgegen zu bringen ist.[2]

Doch nicht nur diese Fehleinschätzungen der Vergangenheit geben Veranlassung zu einer grundsätzlicheren Perspektive gegenüber der Fusionskontrolle. Vielmehr bedarf auch hier die Tatsache einer gesteigerten Aufmerksamkeit, daß heute nicht nur die Inflationspolitik allgemeine verbale Zustimmung findet, sondern auch eine Anti-Konzentrationspolitik. Wie aber für die Anti-Inflationspolitik eine starke Divergenz zwischen verbaler Akklamation und tatsächlicher politischer Durchsetzbarkeit festgestellt werden konnte, so gilt dies auch für die Anti-Konzentrationspolitik.

Erst ein Einbezug der Prozesse der Willensbildung und Willensdurchsetzung ist deshalb in der Lage, falsche Weichenstellungen und mögliche Schlagseiten einer Entwicklung durchsichtig zu machen, die sich mit der Konzentration am Markt beschäftigt. Immerhin handelt es sich hierbei um Weichenstel-

---

1) Vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 32; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 9 ff

2) ähnliche Feststellungen für amerikanische Verhältnisse in: Reports of the Federal Trade Commission on the Merger Movement. A Summary Report, F.T.C., Washington DC 1948, S. 1, 3 ff, 22; G.W. Stocking, Basing Point Pricing and Regional Development, University of North Carolina Press 1954, S. 38, 39, 41 ff; E.H. Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, Harvard University Press 1948, S. 46 ff

lungen, die nicht nur für die bisherige Wettbewerbs- und Gesellschaftspolitik wesentlich sind, sondern es vor allem für die Zukunft sein werden. Die soziale Marktwirtschaft ist zwar eine offene und wandelbare Ordnung, doch diese sie auszeichnende Fähigkeit kann sie nur bewahren, wenn sie ihre Grundprinzipien nicht aufgibt.[1)]

Eine Beachtung der Interdependenzen zwischen Recht, Wirtschaft und Politik wird jedoch auch zu berücksichtigen haben, daß die Politik wesentlich von Interessengruppen mitgestaltet wird.[2)] Deshalb ist es für das Betrachtungsobjekt Fusionskontrolle ebenfalls wichtig, welche Interessen die Politik zunächst verfolgt, und wie diese und sonstige Interessen selbst organisiert sind. Wie es schon für das GWB der Fall war[3)], so wird es auch hier von Bedeutung sein, inwieweit ursprüngliche politische Zielvorstellungen möglicherweise durch hochorganisierte Interessengruppen verfälscht worden sind. Wenn auch zu erwarten ist, daß die Maßstäbe und Ergebnisse solchen Vorgehens tendenziell unscharf sind, so muß die Fragestellung doch als legitim angesehen werden. Zum einen, weil sie den Regeln der Logik folgt, wenn sie ein Problem zunächst aus einer weiten und sich schließlich immer mehr verengenden Perspektive betrachtet, zum anderen, weil es sich um eine Regelung besonderer gesellschaftspolitischer Bedeutung handelt.

Gerade gegenüber solchen Betrachtungsgegenständen besteht ein ausgesprochenes Bedürfnis, sie komplex und nicht allein bezüglich ihrer Spezialaspekte zu untersuchen.[4)] Erst ein derartiges Vorgehen ist geeignet, um im Rahmen rationaler Sozialtechniken Veränderungsprozesse steuerbar zu machen, sowie Ne-

---

1) Vgl. A. Müller-Armack, Fortschreibung der sozialen Marktwirtschaft, Festschrift Böhm II, S. 449 ff, 452; E.-J. Mestmäcker, Wirtschaftsordnung ..., a.a.O., S. 384 f; H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 194

2) vgl. G. Schulz, Über Entstehung und Formen von Interessengruppen in Deutschland seit Beginn der Industrialisierung, Politische Vierteljahresschrift II, 1961, Nr. 2, S. 124 ff

3) vgl. H.-H. Barnikel, Wenn es ..., a.a.O., S. 43; E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34

4) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 7 ff

ben- und Fernwirkungen möglicherweise falscher Weichenstellungen rechtzeitig feststellen und abändern zu können.[1)]

Im Anschluß an diesen Untersuchungsschritt wird es auch von Interesse sein, die Fusionskontrolle aus speziellerer Perspektive zu prüfen. Allerdings soll auch in diesem Stadium der Bezug auf politische und sonstige Prozesse der Interessendurchsetzung nicht verlorengehen, indem besonderes Augenmerk auf die Praktikabilität der Regelung zu legen sein wird. Immerhin kann ein Instrument nicht nur durch zu hohe Aufgreifkriterien stumpf und gesellschaftspolitisch wirkungslos gemacht werden, sondern ebenso durch unscharfe Normen und Begriffe. Diesen beiden Beurteilungskreisen, dem weiteren und dem engeren, soll zur Verdeutlichung des Problems der politischen Durchsetzbarkeit der Fusionskontrolle ein kurzer Abriß ihrer Entstehungsgeschichte vorausgeschickt werden.

ERSTER TEIL

Verfolgter Zweck und öffentliches Interesse als Legitimitätsvoraussetzungen der Fusionskontrolle

§ 1 Kurze Entwicklungsgeschichte der Fusionskontrolle

Seit der Währungsreform im Jahre 1948 hat sich die "Soziale Marktwirtschaft"[2)] zu bewähren, die nach der Grundvorstellung ihrer Begründer in einem freien Koordinierungsprozeß am Markt mit Hilfe des Preises den Ausgleich zwischen Angebot

---

1) Vgl. F.A.v.Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, S. 285 ff

2) vgl. zu Begriff und Intentionen: A. Müller-Armack, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1946; derselbe, Art. "Soziale Marktwirtschaft", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd 9, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956, S. 39o ff; derselbe, Die Wirtschaftsordnung sozial gesehen, ORDO 1948, Bd I, S. 125 ff; E. Liefmann-Keil, Einführung in die politische Ökonomie. Private Planung - öffentliche Lenkung, Freiburg 1964, S. 6o f

und Nachfrage herstellen soll.[1] Dabei begreift sich diese Soziale Marktwirtschaft als ein dritter Weg zwischen einem Laissez-faire-Kapitalismus und einer Zentralverwaltungswirtschaft.[2] Allerdings wird dieser Marktprozeß sich insoweit nicht selbst überlassen, als er durch das Bestreben der beteiligten Wirtschaftssubjekte außer Kraft gesetzt werden kann, um sich seinem Sachzwang durch Einsatz von Macht zu entziehen.[3] Miksch fordert deshalb einen "gebundenen Wettbewerb" und spricht von "laufender Mitwirkung des Staates" bei der Ordnung des Wettbewerbswesens.[4]

Die staatliche Ordnung dieses gewollten Marktprozesses ist im wesentlichen im GWB kodifiziert[5] und seit ihrer In-

---

1) Vgl. W. Eucken, Die zeitliche Lenkung des Wirtschaftsprozesses und der Aufbau der Wirtschaftsordnungen, Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik 1944, Bd 159, S. 2o6; E. Günther, Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111 ff, 117; E.W. Dürr, Ziele des Ordoliberalismus, Winterthur 1954; L. Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff; H. Rittershausen, Wirtschaft, Fischer-Lexikon, Bd 8, Frankfurt 1968, S. 199; A. Müller-Armack, Fortschreibung ..., a.a.O., S. 449 ff

2) vgl. dazu E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., S. 193 ff m.w.N.; H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 193 ff

3) vgl. F.-W. Dörge, Konzentration und Kooperation in der wachsenden Wirtschaft, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 6. Jahrgang 1961, S. 1o9 ff; W. Röpke, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5. A., Erlenbach-Zürich 1948, S. 366 f; H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 196

4) L. Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 2. erw. A., Bad Godesberg 1947, S. 16; ähnlich A. Rüstow, Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, ORDO 1949, Bd II, S. 132; J. Höffner, Neoliberalismus und christliche Soziallehre, in: Jahrbuch des Instituts für christliche Sozialwissenschaften, Sonderband, Münster 1966, S. 37, 42 ff; K. Schiller, Preisstabilität durch Globalsteuerung der Marktwirtschaft, Heft 15 der Vorträge und Aufsätze des Walter Eucken Instituts, Tübingen 1966, S. 21; F. Böhm, Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung, in: Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Hrsg. G. Schmölders, Berlin 1942, S. 51 ff, 89 f; L. Erhard, Deutsche Wirtschaftspolitik, Düsseldorf-Wien 1962, S. 37 ff

5) BGBl III, 7o3-1, geändert durch Novelle vom 15.9.1965, BGBl I, S. 1363, nunmehr in der geänderten Fassung vom 4.8.1973, BGBl I, 917

stitutionalisierung bezüglich ihrer Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit umstritten. Denn der Marktprozeß selber hat deutlich gezeigt, daß wesentliche Aspekte einer wirklichkeitsnahen Regelung in diesem Ordnungsgefüge übersehen bzw. nicht als wesentlich angesehen wurden.[1] So ist schon früher und besonders in jüngster Zeit zu Recht allgemein kritisiert worden, daß das Kartellverbot des § 1 GWB nur einen Aspekt einer Marktregulierung erfaßte, während der wesentlich intensivere und beständigere Weg eines Zusammenschlusses den Unternehmen freistand und geradezu als Alternative und effiziente Umgehung des § 1 GWB offen gehalten worden sei.[2] Dabei stellte das Bundeskartellamt in seiner jüngeren Kritik die These auf, daß das GWB in seiner bisherigen "Fassung die Sicherung und den Ausbau der Sozialen Marktwirtschaft nicht mehr gewährleistet" habe.[3]

---

1) Vgl. u.a. H. Meinhold, Westdeutsche Wirtschaftspolitik und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd 2o/II, Berlin 196o, S. 1333 ff, 135o f; Bericht des BKA für 1969, BT-Drucks. VI/95o, S. 1o f; H.-H. Barnikel, Wenn es ..., a.a.O., S. 38; E.J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34

2) vgl. E. Heuß, Wettbewerb - kein Gegenstand wirtschaftspolitischer Opportunität, Der Volkswirt 197o, Nr. 9, S. 42; E. Hoppmann, Das GWB bleibt unvollständig, Wirtschaftsdienst 1968, S. 685; E. Kantzenbach, Tauziehen um die Fusionskontrolle, Wirtschaftsdienst 1969, S. 3o3; derselbe u. C.-H. Mumme, Auf dem Wege zur "aufgeklärten" Wettbewerbspolitik?, Wirtschaftsdienst 1968, S. 262; I. Schmidt, Reform des GWB, Aufgabe des nächsten Bundestages, Wirtschaftsdienst 1969, S. 45o; E. Günther, Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre ..., a.a.O., S. 11 ff, 35; J.H. Müller, Konzentration und Wettbewerb, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, a.a.O., S. 117 ff, 132; kritisch auch schon Bericht des BKA über seine Tätigkeit im Jahre 1959, BT-Drucks. III/1795, S. 92; vgl. auch F. Hertle, der zur parallelen amerikanischen Entwicklung schreibt: "Im Gegenteil dürfte sogar durch das strikte Verbot, eine Marktbeeinflussung durch gewisse Abreden zu gestatten, der Erlaß des Sherman Acts gerade zu jener engen eigentumsmäßigen Bindung in der Großindustrie beigetragen haben." Standortprobleme der amerikanischen Eisen- und Stahlindustrie, Basel-Tübingen 1959, S. 23

3) Bericht des BKA für 197o, BT-Drucks. VI/238o, S. 12

Angesichts dieser allgemeinen Erkenntnis und der Tatsache, daß gerade eine marktwirtschaftlich-freie Ordnung als Gratwanderung zwischen gebotener Freizügigkeit und angemessener Intervention auf eine ständige Weiterentwicklung und Ausgestaltung angewiesen ist[1], hatte sich die Bundesregierung in ihrer Regierungserklärung vom 28. Oktober 1969 auf ein Programm "vor allem der Intensivierung des Wettbewerbs, der Auflockerung des Systems, der administrativ geregelten Preise sowie der Förderung der Vermögensbildung in breiten Schichten"[2] verpflichtet. Im Hinblick auf das GWB beinhaltete dieses Programm vor allem die Einführung einer "präventiven Fusionskontrolle".

Seitdem hatte die Fusionskontrolle u.a. in der Presse eine ungemeine Aktualität und zwar sowohl hinsichtlich der damaligen Pläne und Vorstellungen der Bundesregierung als auch bezüglich der Ansichten der Betroffenen.[3] Besondere Bedeutung erlangte sie allerdings im Hinblick auf die eilige Vorwegnahme eventuell tatbestandsmäßiger Konzentrationsvorhaben.[4] Trotz dieser anscheinend großen Gegenwartsbezogenheit ist die Fusionskontrolle jedoch als gedankliches Ordnungselement schon so alt wie die ersten umfassenderen Überlegungen zu einem Kartellgesetz der Nachkriegszeit. So sah der "Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs" 1949 in seinem II. Abschnitt unter dem Titel "Machtgebilde ohne Kartelleigenschaft" eine Kontrolle von Zusammenschlüssen vor. Diese sollten sogar nach 18-monatiger Beobachtung bei unverändertem Fortbestehen ihrer wirtschaftlichen Macht entschachtelt werden können.[5] Bei dieser Regelung stand aller-

---

1) U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 43 ff m.w.N.; F. Böhm, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, in: Die staatliche Einwirkung ..., a.a.O., S. 85 ff
2) Jahreswirtschaftsbericht 1970, BT-Drucks. VI/281, Zif. 61
3) "Die Welt" v. 22.1.1970, Nr. 18, S. 9; v. 30.1.1970, Nr. 25, S. 11; v. 16.1.1970, Nr. 13, S. 10; v. 3.4.1970, S. 14
4) "Die Welt" v. 20.1.1970, Nr. 16, S. 11; v. 10.2.1970, Nr. 34, S. 11; v. 15.1.1970, Nr. 12, S. 9
5) "Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt" v. 5.7. 1949, Frankfurt o.J.; vgl. die umfassendere Analyse dieses "Josten-Entwurfs" bei E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., S. 183 ff

dings nicht der Gedanke einer Prävention im Vordergrund, sondern es sollte vielmehr gem. § 3 dieses Entwurfs Macht festgestellt, anschließend beobachtet und notfalls repressiv wieder aufgelöst werden.[1)]

Der in jeder Beziehung mildere und weniger spezifizierte darauffolgende Entwurf des Jahres 1955 war hingegen von dem Gedanken der Prävention beherrscht.[2)] Schon in der Begründung wird dieser Charakter eindeutig fixiert: "Diese Vorschriften geben keine allgemeine Ermächtigung, marktbeherrschende Unternehmen zu entflechten; sondern sie sollen nur verhüten, daß neue marktbeherrschende Unternehmen durch Zusammenschluß zweier oder mehrerer Unternehmen entstehen"[3)]. Doch auch zu dieser milderen Version einer Fusionskontrolle konnte sich der damalige Bundestag nicht entschließen. Vielmehr sei der "Ausschuß ... zu dem Ergebnis gekommen, daß die Einführung einer solchen Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entfaltung hindern könne ... Es erschien dem Ausschuß klarer, auf diesem schwierigen Gebiet zunächst volle Übersicht zu gewinnen und eine bloße Anmeldepflicht bestimmter Zusammenschlüsse zu stipulieren."[4)]

Aber auch diese erneute Verhinderung einer "Lösung" des Konzentrationsproblems brachte es nicht in Vergessenheit. So richteten die Fraktionen der CDU/CSU und DP um die Wende des Jahres 1958/59 eine große Anfrage wegen der "Wirtschaftskonzentration" an die Bundesregierung.[5)] Frage 8 lautete: "Welche gesetzlichen Bestimmungen begünstigen nach Ansicht der Bundesregierung die Konzentration? Wird die Bundesregierung Änderungen von Gesetzen vorschlagen? Welche Änderungen hält

---

1) Vgl. Begründung des "Entwurf 1949", a.a.O., S. 46 ff
2) Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 1158
3) Entwurf 1955, a.a.O., S. 4o "zu § 18, 1"
4) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, zu Drucksache 3644 der 2. Wahlperiode, Berichterstatter: Abg. Illerhaus zu § 18 (23 GWB)
5) Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 7o2

sie für notwendig?"[1] Anläßlich dieser Anfrage ging die Bundesregierung u.a. auch auf das GWB ein.[2] Schließlich forderten im weiteren Verlauf dieser Konzentrationsdebatte dieselben Fraktionen per Umdruck 391 den Bundestag dazu auf, die Bundesregierung zu ersuchen, "den Entwurf eines Gesetzes für eine Enquête über den Grad der Konzentration in der Wirtschaft vorzulegen"[3]. Die Bundesregierung beantwortete dieses Ersuchen mit dem "Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft" vom 31.12.1960.[4]

Ebenso wie der erwähnte Umdruck 391 wurden auch die Umdrucke der SPD-Fraktion Nr. 1279 und 1293 der 3. Wahlperiode des Deutschen Bundestages nicht sachlich beraten, in denen die SPD konkret "die Einführung einer Genehmigungspflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen und die Möglichkeit ihrer Auflösung durch das Bundeskartellamt (§ 23)"[5] forderte. Erneut stellte sich die Bundesregierung auf den Standpunkt, daß zwar eine Änderung der §§ 22 - 24 GWB opportun sei, nicht jedoch die Einführung der von "interessierten Kreisen der Öffentlichkeit" wieder geforderten "präventiven Fusionskontrolle". Tatsache war hingegen, daß andere interessierte Kreise gegen die Einführung einer Fusionskontrolle Sturm liefen.[6] Gleichwohl führte die Bundesregierung zur Begründung aus, daß es an Erfahrungen mangele. Wichtige Fragen des Konzentrationsproblems könnten ohnehin nicht wettbewerbsrechtlich gelöst werden, so daß für einen solchen übereilten Schritt kein Anlaß bestehe.[7]

Nach Vorlage des "Bericht(es) über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft"[8] vom

---

1) Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 702
2) Stenographischer Bericht über die 82. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15.10.1959, S. 4431 B ff
3) BT-Drucksache IV/617, S. 61
4) BGBl 1961, I, S. 9
5) BT-Drucksache III/1279
6) G. Braunthal, a.a.O., S. 191, 236 ff, 251 ff: "The BDI was the staunchest opponent of the government's effort to bring about an effective anticartel statute. It used all available ressources and pressures first to delay legislation and then to modify its chief provisions.", S. 236
7) vgl. BT-Drucksache IV/617, S. 65/66
8) BT-Drucksache IV/2320

5.6.1974 hatte sich der Standpunkt der Bundesregierung auch nicht nennenswert geändert. Vor allem ging sie einer konkreten Stellungnahme gegenüber einer Fusionskontrolle aus dem Wege, indem sie bei der Beurteilung dieses Berichts darauf hinwies, daß er ihre bisherige Einstellung nur verstärke, "die bestehenden Konzentrationstendenzen vorsichtig zu beurteilen."[1] Der Bericht bestätige deshalb "im wesentlichen die Vorschläge, die die Bundesregierung in ihrem Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. August 1962 - Drucksache IV/617 - zur Verbesserung der §§ 22 - 24 GWB gemacht"[2] habe. Lediglich eine Erhöhung der absoluten Aufgreifkriterien innerhalb der bestehenden Regelung der §§ 22 - 24 GWB wurde befürwortet.[3]

Allerdings zwangen die ständigen Initiativen insbesondere der SPD in Richtung auf eine "Fusionskontrolle"[4] die Bundesregierung zu einer vorsichtigen Revision ihrer bisherigen Auffassung; diese zeigte sich zunächst in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1968 vom 23.5.1969, in der sie eine gewisse Notwendigkeit für die Beschränkung externen Unternehmenswachstums in Betracht zog. Doch abermals vermied sie durch Verweis auf die noch ausstehenden Ergebnisse der "Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik" einen klaren Standpunkt.[5]

Erst der Regierungswechsel 1969 und die Regierungserklärung der neuen Bundesregierung vom 28. Oktober 1969 brachten in Verbindung mit dem Jahreswirtschaftsbericht für das Jahr 1970[6] aufgrund des § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums[7] ein klares Bekenntnis zu einer "vorbeugenden Fusionskontrolle". Über den Referenten-

---

1) BT-Drucksache IV/2320, S. 94
2) ibid.
3) ibid., S. 94/95
4) Novellierungsentwurf der SPD-Fraktion v. 9.6.1964, BT-Drucksache IV/2564
5) BT-Drucksache V/4236, S. 3; V/2841, S. 3
6) BT-Drucksache VI/281, S. 22
7) BGBl 1967, I, S. 582

entwurf vom 2o. März 197o[1] und den Referentenentwurf vom 28. Oktober 197o[2] nahm dieses Bekenntnis schließlich die Form des Gesetzentwurfes der Bundesregierung vom 18. August 1971[3] an und ist nunmehr mit einigen Abänderungen geltendes Recht.

Dieser kurze Abriß[4] über die Meinungsbildung und den Entwicklungsprozeß zu einem wirtschaftspolitischen Mittel der Fusionskontrolle ist in der Lage zu verdeutlichen, welcher generelle Problemkreis lange Zeit seitens der Regierung, aber auch heute noch von vielen Gegnern gegenüber einer Zusammenschlußkontrolle geltend gemacht wird. Es handelt sich dabei besonders um die Behauptung, daß eine solche Zusammenschlußkontrolle durch die bisherige Konzentration noch lange nicht gerechtfertigt sei, so daß allenfalls eine Beobachtung der weiteren Entwicklung, nicht aber die Möglichkeit eines Eingriffs erwogen werden könne.[5]

Wenn wir dieses Argument aus der bereits angesprochenen Ambivalenz heraus bewerten, so leugnet es im rechtlichen Sinne ein "öffentliches Interesse" an einer Fusionskontrolle. Ein solches "Interesse" an der Regelung muß jedoch als notwendiges Erfordernis seitens der Rechtsprechung angesehen werden, wenn

---

1) Der Bundesminister für Wirtschaft, I B 5 - 22 13 53 -
2) Der Bundesminister für Wirtschaft, I B 5 - 22 13 53 -
3) BT-Drucksache VI/252o
4) vgl. weitere Darstellungen bei: W. Kartte, Ein neues Leitbild ..., a.a.O., S. 7o ff; Materialien bei: E. Günther, Probleme ..., a.a.O., S. 17 ff; vgl. ferner G. Hartmann, Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentrationen, FIW-Schriftenreihe, Heft 7, Köln-Berlin-Bonn-München 1963, S. 9 ff
5) G. Tacke, Schadet uns eine Fusionskontrolle?, Der Volkswirt 197o, Nr. 14, S. 34; G. Schneider u. H. Gerkens, Der Hang zur Konzentration, Die EWG verändert die ökonomische Landschaft der Partnerländer, Wirtschaftsdienst 1965, S. 255 ff, 259; vgl. auch "Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelstages vom 15.1.197o betreffend Vorarbeiten für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 216; ebenso "Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie zur zweiten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", ibid., S. 2o3 ff, hier S. 2o3, Nr. 8, S. 2o8, III, S. 2o9, IV, S. 211, V

wir davon ausgehen, daß die Fusionskontrolle auch ein Grundrechtseingriff sein kann. Denn an den Grundrechten, insbesondere der durch Art. 14, 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Handlungsfreiheit[1], partizipieren die Unternehmen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohne Ansehen ihrer formalrechtlichen Struktur[2]. Im konkreten Fall könnte sich ein Fusionsverbot aber durchaus als Einschränkung dieser Handlungsfreiheit darstellen, wenn z.B. potentielle Käufer ein fusionswilliges Unternehmen nicht aufnehmen dürften.[3]

Ein solches "öffentliches Interesse" ist allerdings auch von der wirtschaftspolitischen Seite der Fusionskontrolle her zu beachten, weil es insoweit mit der Zieladäquanz einer wirtschaftspolitischen Maßnahme identisch ist.[4] Da bisher ohne weitere Begründung davon ausgegangen wurde, daß ein öffentliches Interesse an einer Beschränkung der Konzentration gegeben ist, um Freiheitsspielräume zu erhalten und daraus erhoffte Effizienzen des Wirtschaftsprozesses zu sichern[5], fordern diese Gegenargumente zu einer Auseinandersetzung heraus.

---

1) Vgl. BVerfGE: 6/36 ff, 1o/89, 99; Maunz-Dürig, Komm. zum Grundgesetz, 2.A., Berlin-München 1963, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 9
2) vgl. BVerfGE: 8/274 ff, 328; 9/3 ff, 11; 1o/89 ff, 99
3) L. Losacker, Fusionskontrolle und Unternehmerfreiheit, marktwirtschaft 197o, Heft 2, S. 17 f; J. Poeche, Negative Konsequenzen einer Konzentrationskontrolle für mittelständische Unternehmen, Der Betrieb 197o, S. 889 ff, 892
4) vgl. zur Methodik aus wirtschaftspolitischer Sicht hinsichtlich Zieladäquanz, Systemrelevanz und Konzeptionskonformität sowie Wirksamkeit einer Maßnahme: E. Tuchfeldt, Das Instrumentarium der Wirtschaftspolitik, Ein Beitrag zu seiner Systematik, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Hrsg. G. Gäfgen, Köln-Berlin 1966, S. 26o ff; E.S. Kirschen u.a., Ziele der praktischen Wirtschaftspolitik, in: Grundlagen ..., a.a.O., S. 237 ff; G. Gäfgen, Allgemeine Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd 2, Hrsg. W. Ehrlicher u.a., Göttingen 1968, S. 157 ff; E. Küng, Der Interventionismus, Volkswirtschaftliche Theorie der staatlichen Wirtschaftspolitik, Bern 1941, S. 233
5) vgl. neben Anm. 4, S. 14 dieser Arbeit: H.-H. Barnikel, Wenn es ..., a.a.O., S. 34 ff; E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 32 ff

§ 2 Steht ein öffentliches Interesse an weiterer Konzentration einer Fusionskontrolle entgegen?

Die Einwände, die sich hinter dieser Fragestellung sammeln, können nicht besser zusammengefaßt werden als mit der schon erwähnten Stellungnahme des Abgeordneten Illerhaus, wonach "die Einführung einer solchen Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zu optimalen Betriebsgrößen hindern könne".[1] Mit diesen Worten wird schlechthin die seinerzeitige aber auch die heutige Berechtigung[2] in Frage gestellt, eine definitive Regelung dieses Problems anzugehen.

Eine solche Einstellung ist jedoch schon in ihrem logischen Ansatz mangelhaft. Zwar begreift sie eine vorbeugende Zusammenschlußkontrolle zu Recht als ein die Konzentration hemmendes Mittel, sie berücksichtigt aber nicht, daß dieses Instrument seinen spezifischen Wirkungsgrad nicht mit der Kodifikation, sondern vor allem mit der Art seiner Ausgestaltung erhält. Demnach stellt sich weniger die Frage, ob überhaupt eine Fusionskontrolle eingeführt werden soll als vielmehr die Frage, wie eine im Sinne dieser Meinung zweckmäßige Kontrolle ausgestaltet sein sollte. Denn wirtschaftspolitische Mittel sind nicht aus ihrer Institutionalisierung heraus zu beurteilen, sondern nach den Gesichtspunkten und Kriterien ihrer Ausgestaltung. So hat ein Gesetz seiner Funktion nach einen "gedachten Fall" im Auge; es trifft Vorsorge, daß bei einem künftigen Eintritt dieses Falles auch Regeln vorhanden sind, nach denen sich die Rechtssubjekte richten, bzw. nach denen sie gerichtet werden können.[3]

---

1) Vgl. auch die Konzentrationspolitik des BDI, G. Braunthal, a.a.O., S. 251 ff m.w.N.
2) E. Salin, Soziologische Aspekte der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, a.a.O., S. 16 ff; F. Marbach, Die Wirtschaftskonzentration, Düsseldorf-Wien 1964, S. 163; G. Tacke, Schadet uns ..., a.a.O., S. 34
3) vgl. VGH Stuttgart, DÖV 1957, S. 217; BVerwGE 12/89, 9o; OVG Lüneburg, OVGE 6/267

I. Die "optimale Konzentration" als Einwand gegen eine Fusionskontrolle

Aus dem vorangegangenen folgt, daß eine Fusionskontrolle aus Gründen einer "optimalen Konzentration" nur unterbleiben sollte, wenn vorher festgestellt worden wäre, daß es keine Kontrolle geben kann, die die Entwicklung zur optimalen Konzentration nicht unterbindet. Die Vorrangigkeit einer solchen Fragestellung ergibt sich aus der Tatsache, daß alle Befürworter optimaler Konzentration implizit auch die Tatbestände unter- und überoptimaler Konzentration zugeben. Deshalb benötigen auch Vertreter dieser optimalen Zielvorstellung eine Fusionskontrolle, um ihrer Vorstellung nach überoptimale Zustände unterbinden zu können. Eine in diesem Sinne sachgerechte Problemlösung wäre dann aber von einer exakten Definition gerade dieser optimalen Zielvorstellung abhängig, zu der besonders die Träger dieser Vorstellung berufen wären. Eine solche auch nur annähernd praktikable Vorstellung existiert jedoch nicht und ist auch nicht operational zu formulieren.

Ein Optimum ist ein Maximum unter einer oder mehreren Nebenbedingungen, also ein relatives Maximum.[1] Nun ist aber der Grad optimaler Konzentration eindeutig vom Stand des technischen Fortschritts und sonstigen einzel- und gesamtwirtschaftlichen Umständen abhängig. Solange sich diese Rand- und Nebenbedingungen jedoch in einem ständigen Prozeß weiterentwickeln und diese Entwicklung in keinem der genannten Bereiche sicher prognostizierbar ist, weil sie u.a. das Ergebnis spontaner Marktprozesse sein soll[2], so muß sich auch die Lage eines möglichen Optimums dauernd verändern. Eine derartige "Optimalität" ist aber im Hinblick auf zu treffende politische

---

1) Vgl. O. Morgenstern, Spieltheorie: Ein neues Paradigma der Sozialwissenschaften, in: Gegenstand und Methoden der Nationalökonomie, Hrsg. R. Jochimsen u. H. Knobel, Köln 1971, S. 175 ff, 176

2) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 43; derselbe, "Neue Wettbewerbspolitik": Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung (Bemerkungen zu einem "neuen Leitbild der Wettbewerbspolitik"), Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik 1970, Bd 184, S. 397 ff, 411 ff

Entscheidungen in keiner Weise aussagekräftig, weil sie mangels Voraussenbarkeit der allgemeinen Entwicklungsabläufe zwangsläufig eine Funktion dieser Abläufe selbst ist.[1] Eine derartig variable Optimalitätskonzeption könnte in Anbetracht der Komplexität des Konzentrationsproblems, das ja weit über eine reine Markt- und ökonomische Relevanz hinausgeht, nur dann als vertretbar angesehen werden, wenn es eine überoptimale Konzentration nicht gäbe. Das aber wird selbst von den Vertretern der Optimalitäts-These nicht behauptet. In einer solchen Situation kann von denen, die eher mit Gefahren durch einen Vermachtungsprozeß rechnen und auch schon konkrete Nachteile nachweisen können, ein weiteres Zuwarten nicht verlangt werden.

Wenn gleichwohl immer wieder der Gesichtspunkt der optimalen Konzentration auftaucht, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß sich entsprechende Forderungen mangels wissenschaftsspezifischer Maßstäblichkeit mehr im "prophetischen" als im realen Bereich bewegen. Wissenschaftliche Thesen müssen sich jedoch, wenn sie die Wirklichkeit erfassen wollen, auch in einem empirisch widerlegbaren Sinne auf diese Wirklichkeit beziehen. Daran gemessen sind unwiderlegbar formulierte Thesen wissenschaftsspezifisch unhaltbar. Ihre Falsifizierbarkeit wird also zum Kriterium ihrer Brauchbarkeit.[2] Dies ist vor allem für die vorliegende Konzentrationsproblematik zu beachten. Denn wer wie vorliegend innerhalb eines freigehaltenen Prozesses ex ante nicht in der Lage ist, den Punkt angestrebter Optimalität zumindest ungefähr zu bestimmen[3], der wird auch bei einer ex post Beurteilung über willkürliche Feststellungen kaum hinauskommen.

---

1) So führt E. Salin z.B. aus: "Ich habe selbst von optimaler Konzentration gesprochen; aber ich zweifle, ob man zu ihrer Beurteilung von der optimalen Betriebsgröße ausgehen kann." Schlußwort zur Generaldiskussion zum Thema: Soziologische Aspekte der Konzentration, a.a.O., S. 59

2) vgl. zu diesem "Popper-Kriterium" des kritischen Rationalismus K.R. Popper, Logik der Forschung, 3.A., Tübingen 1969, S. 15; R. Jochimsen u. H. Knobel, Zum Gegenstand und zur Methodik der Nationalökonomie, in: Gegenstand und Methoden ..., a.a.O., S. 1 ff, 53 ff

3) vgl. G. Draheim, Optimale Betriebsgröße - eine "Fata Morgana"?, in: Kreditinstitute - Konzeptionen für die 70er Jahre, Beiheft zu Der Volkswirt 1969, Nr. 46, S. 32 ff, 34

II. Gesetzmäßigkeit der Konzentration oder Ideologie?

Aus allem folgt, daß der Optimalitätseinwand nicht nur nicht stichhaltig ist[1], sondern es besteht der begründete Verdacht, daß sich diese These zumeist auf interessenorientierte[2] oder gar ideologische Gründe[3] denn auf beweisbare bzw. falsifizierbare Sachargumente stützt. Damit rückt der Einwand von einer noch zu erlangenden optimalen Konzentration in die Nähe einer "historizistischen"[4] These. Ähnlich sind sie auch in den teilweise auf bestimmten Konzentrationsarten basierenden optimistischen Fortschritts- und pessimistischen Zusammenbruchstheorien enthalten.

Solche Argumente basieren weitgehend auf der Vorstellung eines zwangsläufigen, gesetzmäßigen Trends.[5] Dabei wird aller-

1) Zum gleichen Ergebnis kommt aufgrund theoretischer Ableitungen auch K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, a.a.O. 1961, S. 61 ff, 73; vgl. auch E. Heuß, Die amerikanische Antitrustpolitik im Lichte der Monopolbekämpfung in Europa, ORDO 1957, Bd IX, S. 77; interessant sind auch empirische Untersuchungen, die feststellen, daß in bestimmten Branchen unterschiedliche optimale Betriebsgrößen nebeneinander bestehen: Th. Beste, Die optimale Betriebsgröße als betriebswirtschaftliches Problem, Leipzig 1933, S. 59 ff; P. Sargant Florence, The Logic of British and American Industry, London 1957, S. 22 ff

2) G. Braunthal, a.a.O., S. 251 ff: "But from 1952 a reconcentration movement has become evident, as mergers, the expansion of large firms, and the elimination of smaller ones have taken place. This development was the result of pressure by industrial groups, such as the Iron and Steel Association, upon German public authorities and upon the European Coal and Steel Community to reverse Allied policy." (S. 251)

3) "Nur durch Konzentration kann die freie Wirtschaft des Westens die ihr gebotenen Chancen wahrnehmen und zugleich den Beweis erbringen, daß sie ebenso leistungsfähig ist wie die wachsende Planwirtschaft des Ostens." E. Salin, Soziologische Aspekte der Konzentration (III), in: Die Zeit, Nr. 41 v. 7.1o.196o

4) abgeleitet von K.R. Poppers Terminologie des "Historicism" vgl. K.R. Popper, The Open Society and Its Enemies, 1.A., London 1944, übersetzt von P.K. Feyerabend, Bd 84 (1957), Bd 85 (1958) der Sammlung Dalp, Bern, unter den Titeln: Der Zauber Platons (Bd I); Falsche Propheten, Hegel, Marx und die Folgen (Bd II); hier: Bd II, S. 263, 315 ff

5) ähnlich E. Heuß, Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, Wirtschaftsdienst 1969, S. 561; Ch. Watrin, Ökonomische Entwicklungsgesetze, in: Wirtschaftspolitische Chronik des Instituts für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln 1966, S. 74 ff; A. Müller-Armack, Entwicklungsgesetze des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 168

dings nur sehr unzureichend bedacht, daß gerade für die Bereiche menschlichen Handelns und Denkens Gesetzmäßigkeiten für die Zukunft allenfalls unter Annahme bestimmter singulärer Randbedingungen aufgestellt werden können. Inwieweit selbst bei solchen Ansätzen in die Zukunft extrapoliert werden kann, hängt überdies von der Leistungsfähigkeit einer möglichst gut bewährten Theorie ab.[1] Solche Theorien sind aber rar. Davon abgesehen muß auch beachtet werden, daß sich gerade die Sozialwissenschaften in einer spezifisch anderen Situation befinden als z.B. die Astronomie als nicht experimentelle Wissenschaft. Deshalb sind sie weit mehr berechtigt und in der Lage, "Gesetzmäßigkeiten" in Frage zu stellen, weil sie als experimentelle Wissenschaften häufig auf die Bedingungen für solche "Gesetzmäßigkeiten" Einfluß nehmen können.[2] Erst diese Möglichkeiten, angebliche Gesetzmäßigkeiten zu relativieren oder gar aufzuheben, machen den Staat und die Politik in einem Interaktionssystem der Individuen sinnvoll und erforderlich; erst so werden Entwicklungsabläufe dieses Interaktionssystems plan- und steuerbar.

Allerdings kann die Einflußnahme in solche Prozesse in Ermanglung genauerer oder sicherer Kenntnis um die zukünftige Entwicklung menschlichen Denkens, Wissens und Handelns nur unter Anwendung rationaler "Sozialtechniken" erfolgen. Diese haben innerhalb eines ständigen Erfahrungs- und Lernprozesses in besonderem Maße flexibel zu bleiben, um Rückkopplungen und unbekannte Entwicklungen sachgerecht verarbeiten zu können.[3] Daraus folgt, daß die wissenschaftliche Basis der Politik - und somit auch der Wirtschafts- und Rechtspolitik - die Überzeugung ist, daß die Bedingungen für Entwicklungsabläufe und

---

1) Vgl. K.R. Popper, a.a.O., Bd II, S. 1o4 ff, 323 ff
2) vgl. H. Albert, Der kritische Rationalismus Karl Raimund Poppers, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 196o, Bd XIV, S. 391 ff, 4o4; F.A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, a.a.O., S. 136, 359
3) vgl. A. Müller-Armack, Fortschreibung ..., a.a.O., S. 449, der die Soziale Marktwirtschaft bei Einhaltung ihrer Spielregeln als ein solches System nachweist.

soziale Institutionen auf der Grundlage einer "sozialtechnischen Einstellung"[1] rational konstruiert werden können.[2]

Die auf dieser Grundlage getroffenen Feststellungen brechen deshalb mit der Forderung nach "optimaler Konzentration", soweit diese Forderung mangels Bestimmbarkeit des Optimums identisch ist mit ungezügelter und unbegrenzter Konzentration. Sachliche Begründetheiten der Konzentration sind dadurch keineswegs a priori ausgeschlossen. Vielmehr geht es nur um die von einigen gezogene Schlußfolgerung, daß die Konzentration als reales Phänomen einem unabänderlichen und nur positiven Gesetz unterliege, auf das die Wirtschafts- und Rechtspolitik keinen sinnvollen Einfluß nehmen könne.[3] Bezüglich der Thesen Salins geht es deshalb weniger um seine Einstellung, daß Konzentration "wünschenswert" und "notwendig" sei, sondern um seine Meinung, daß sie auch "unvermeidbar" sei.[4] Unvermeidbarkeit bedeutete für die Politik aber, daß alle Maßnahmen zum Scheitern und sie damit zur Untätigkeit verurteilt wäre[5] - dies ist aber aus den hier entwickelten Gesichtspunkten im Hinblick auf das Konzentrationsphänomen nicht der Fall.[6]

---

1) Resultierend aus K.R. Poppers "Attitude of Social Engineering" als Gegensatz zur "utopischen Einstellung", vgl. K.R. Popper, a.a.O., Bd I, S. 48 f, 215 ff

2) vgl. bes. K.R. Popper, a.a.O., Bd I, Kap. 4, 9, 1o; Bd II, Kap. 7, 1o; L.M. Machmann, Marktwirtschaft und Modellkonstruktion, ORDO 1966, Bd XVII, S. 261 ff, der in ähnlichem Zusammenhang von "Modellplatonismus" spricht, der sich nicht "für die geistigen Akte (interessiere), aus denen die wirtschaftlichen Handlungen fließen". G.J. Stigler: "when economists agree that a movement is inevitable, it is not." Monopoly and Oligopoly By Merger, A.E.R. 195o, Vol. XL, P.P., S. 23 ff, 34

3) dagegen auch D. Schmidtchen, Wirtschaftspolitik im Dienst von "Kapitalinteressen"?, ORDO 197o, Bd XXII, S. 49 ff, 72 m.w.N.

4) E. Salin, a.a.O., S. 41; so neuerdings auch B.-P. Lange, J.-H. Mendner u. H. Berzau, Konzentrationspolitik in den USA, Tübingen 1972, S. 533, 833

5) in diesem Sinne allerdings M. Kröll, Walter Eucken und die Theorie der Wirtschaftslenkung, Jahrb. für Sozialwissenschaften 1966, Bd 17, S. 316 ff, 32o

6) vgl. auch E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 84, Anm. 95

Gerade die auch in diesem Zusammenhang sinnvolle Beschäftigung mit den Ursachen der Konzentration wird erweisen, daß die Konzentration häufig auf falschen politischen und rechtlichen Weichenstellungen der Vergangenheit beruht.[1] Solche Weichenstellungen sind aber prinzipiell abänderbar; das Phänomen Konzentration ist also durchaus beeinflußbar.[2] Eine Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, die sich auf dieser Basis begreift und in der gegebenen Situation befindet, wird deshalb bei einer Kollision zwischen gesetzten Zielen nicht scheinbaren Gesetzmäßigkeiten und Tendenzen[3] folgen. Eine solche Kollision wird aber mittlerweile - von den Optimalitäts-Befürwortern abgesehen - überwiegend zwischen Konzentration, daraus folgender ökonomischer und politischer Macht und den allgemeinen gesellschafts- und wettbewerbspolitischen Zielvorstellungen gesehen.[4]

Wenn auch trotz des damit allgemein nachgewiesenen Regelungsbedürfnisses die Rück- und Nebenwirkungen einer tatsächlichen Regelung zu beachten sind, so kann doch auf der anderen Seite mit dem Gesichtspunkt einer "optimalen Konzentration" der Fusionsregelung grundsätzlich nicht entgegengetreten werden[5], weil sich dieses Argument in seiner allgemeinen Form

---

1) Vgl. zunächst Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, a.a.O., S. 18, 23 ff, sowie die Stellungnahme der Bundesregierung dazu, ibid., S. 93 ff; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 84
2) vgl. auch E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., passim, S. 84
3) G. Schneider u. H. Gerkens, a.a.O., S. 225
4) vgl. z.B. Anm. 2 u. 3 der Seite 2
5) vgl. gegen die "These der Zwangsläufigkeit" H.O. Lenel, Vom Stand der Konzentrationsdebatte in der Bundesrepublik Deutschland nach der Kissinger Tagung des Vereins für Socialpolitik, ORDO 1962, Bd XIII, S. 281 ff; derselbe, Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. neub. A., Tübingen 1968, S. 5o f, 426 ff m.w.N.; J. Molsberger, Zwang zur Größe? Zur These von der Zwangsläufigkeit der wirtschaftlichen Konzentration, Köln-Opladen 1967, S. 34, der sie in den Bereich des Mythos verweist.

als hinfällig erwiesen hat.[1)]

§ 3 Europa-Argument vs. nationale Lösung

Neben der generellen und grundsätzlichen Forderung, eine optimale Konzentration abzuwarten, wird auch der Einwand erhoben, daß ein einseitiges Vorprellen der Bundesrepublik in Fragen einer Zusammenschlußkontrolle nicht zu empfehlen sei. Im Rahmen der Integration der Märkte sei es vielmehr geboten, einer Regelung durch die Europäische Gemeinschaft den Vortritt zu lassen, um dem Allgemeininteresse an einer europäischen Einigung nicht zu schaden.[2)] Um dieses Argument auf seine Begründetheit hin untersuchen zu können, ist es sinnvoll, es in zwei Teilaspekte zu zerlegen.

Zunächst beinhaltet dieses Argument eine allgemein politische Forderung, nach der die Nationalität der Wirtschaftspolitik, hier speziell der Wettbewerbspolitik, in eine für die EG-Entwicklung gebotene Supranationalität überzuleiten sei. Außerdem umfaßt es den sachlichen Gesichtspunkt der Internationalität der Märkte, also das Problem des "relevanten Mark-

---

1) Vgl. J.H. Müller, a.a.O., S. 117: "Vielmehr stellt sich der Wirtschaftsablauf in allen seinen Einzelheiten als Ergebnis menschlicher Entscheidungen dar und ist daher vom Menschen gestaltbar. Dies gilt auch für den Konzentrationsprozeß ..." (Text im Original teilweise kursiv); E. Günther, Die Aufgabe des Bundeskartellamtes in der Wettbewerbspolitik, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1963, Bd 125, S. 4o ff, 49; U. Immenga, Der Preis der Konzernierung, Festschrift Böhm II, S. 253 ff, 255

2) vgl. z.B. die Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelstages vom 15.1.197o, in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 217; A. Sölter, Wider die nationale Fusionskontrolle, a.a.O., S. 45 ff; neuerdings stehen zwar BDI und DIHT einer nationalen Regelung offiziell nicht mehr entgegen, stellen zugleich aber so einschneidende Bedingungen im Hinblick auf eine reine Übergangslösung, daß sie nach wie vor zu den Gegnern einer nationalen Regelung zu zählen sind, vgl. für den BDI: WuW 1973, S. 163, für den DIHT: "DIHT Vorstand zur Fusionskontrolle", in: DIHT-Nachrichten vom 29.4.197o; vgl. ferner Konzentrations-Enquête, a.a.O., S. 94; G. Tacke, a.a.O.; G. Schneider u. H. Gerkens, a.a.O., S. 255; L. Losacker, a.a.O., S. 17; Hinweise auf diesen Gesichtspunkt auch bei W. Kartte, Ein neues Leitbild ..., a.a.O., S. 78

tes"[1]. Lediglich der erste Teil dieses Arguments wäre von genereller Wirksamkeit im Hinblick auf die Institutionalisierung einer Zusammenschlußkontrolle, während der zweite Teil erst im Rahmen der Ausgestaltung einer Kontrolle Bedeutung erlangt, bei der es z.B. um die Festlegung der Auf- und Eingreifkriterien[2] und damit um die Berücksichtigung der Märkte geht.[3]

I. Das politische Integrationsproblem

Der politische Teil des Europa-Arguments ist für sich jedoch nicht geeignet, einer nationalen Regelung entgegenzustehen. Zwar ist es ein Gebot der Vernunft, die supranationale Zusammenarbeit anzustreben, doch dabei darf nicht verkannt werden, daß die nationalen Zielvorstellungen in vielen Bereichen noch zu sehr auseinanderklaffen, als daß Vereinheitlichungen um jeden Preis angebracht wären.

So ist es zunächst eindrucksvoll, wenn in der Literatur z.B. darauf verwiesen wird, daß H. von der Groeben als Kommissionsmitglied der EWG vor dem Europäischen Parlament in Straßburg die Auffassung der EWG-Kommission dahingehend artikulierte, daß "Unternehmen europäischen Maßstabes" geschaffen werden müßten; ebenso besticht, wenn auf die bewußte Förderung der Konzentration z.B. in Italien und Frankreich hin-

---

1) Vgl. zum Begriff: E. Günther, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 47, Karlsruhe 196o, S. 23

2) dabei verstehen wir unter Aufgreif- oder absoluten Kriterien die Merkmale, die aus der Vielzahl von Sachverhalten die zu prüfenden herausfiltern, während die Eingreif- oder relativen Kriterien innerhalb der zu prüfenden Sachverhalte die tatbestandsmäßigen Fälle festlegen.

3) Ähnlicher Auffassung: Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, BT-Drucks. V/4236, S. 9; ferner Gutachten zum Wettbewerbsproblem, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband, Göttingen 1962, S. 23, Zif. 41

gewiesen werden kann.[1] Dabei ist jedoch die Einseitigkeit dieser Argumentationen teilweise offenkundig. Beispielhaft mögen dafür die Ausführungen von G. Gries herangezogen werden: "Es ist unverständlich, daß die Bundesregierung entgegen dieser Einsicht mit der Einführung einer nationalen Fusionskontrolle vorprellen will, ehe eine gemeinschaftsrechtliche, alle EWG-Unternehmen gleich behandelnde Regelung gefunden ist. Das ist um so bedenklicher, als es für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft von erheblicher Bedeutung ist, welche Wirtschaftspolitik andere Staaten des Gemeinsamen Marktes, insbesondere Frankreich als größter Partner, verfolgen. Die französische Regierung hat klar erkennen lassen, daß sie dem Konzentrationstrend der französischen Wirtschaft aufgeschlossen gegenübersteht. Sie fördert Fusionsabsichten französischer Unternehmen mit dirigistischen Mitteln. Es wäre unvertretbar und gefährlich, wenn die Bundesregierung eine entgegengesetzte Marschroute einschlagen würde."[2] Ein solcher Verweis auf die Handhabung in anderen Staaten ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn wir die Wettbewerbspolitik isoliert betrachten, oder wenn wir mit Vorstellungen und ceteris-paribus-Bedingungen der Theorie in der Realität nicht wegzuleugnende Interdependenzen aufheben. Ein solches Vorgehen ist wirklichkeitsfremd und kann nicht Grundlage rationaler politischer Entscheidungen sein.

---

1) Vgl. G. Schneider u. H. Gerkens, a.a.O., S. 255; vgl. aber auch einschränkend: H. von der Groeben, Unternehmenszusammenschlüsse aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaft, in: Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration in nationaler und internationaler Sicht, Basel-Tübingen 1969, S. 1o4; R. Franceschelli, Stand und Zukunftsaussichten der italienischen Gesetzgebung zum Schutz des freien Wettbewerbs, WuW 1969, S. 82 ff

2) G. Gries, Teils überflüssig, teils bedenklich, marktwirtschaft 197o, Heft 4, S. 19 ff, 21; ebenso F. Berg, Nationale Fusionskontrolle - europafeindlich, marktwirtschaft 197o, Heft 5, S. 23 f, 24; noch weitergehend G. Tacke, Aktuelle unternehmerische Wettbewerbsperspektiven, marktwirtschaft 197o, Heft 5, S. 29 ff, der eine deutsche Fusionskontrolle für einen Witz hält und sie auch als EWG-Regelung für zwecklos erachtet, weil auch die EWG-Grenzen immer durchlässiger würden. (S. 3o), ähnlich A. Sölter, Wider die nationale Fusionskontrolle, a.a.O., S. 69 ff

Die Wettbewerbspolitik ist integriert in die allgemeine Wirtschaftspolitik und diese wiederum in eine Staats- und Gesellschaftspolitik. Letztere empfangen dabei wesentliche Gesichtspunkte und Impulse aus der Staats- und Sozialphilosophie, die ihrerseits Rückwirkungen aus den anderen Bereichen zu verarbeiten haben.[1] Der einfache Hinweis auf die Handhabung in anderen Staaten auf einem isoliert herausgegriffenen Sektor ist dann aber nicht zwingend, weil die dort auf diesen Sektor einwirkenden Wechselbeziehungen zu den übrigen Sektoren anders sein können und in aller Regel auch anders sind. So kann für ein Land eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit seiner Industrie auf internationalen Märkten durchaus vorwiegend in einer Konzentration liegen, wenn z.B. seine bewußte Inflationspolitik die Wettbewerbsfähigkeit seiner Wirtschaft tendenziell gesenkt hat und eine gewisse Kompensation aus der Zunahme der Konzentration zu erwarten ist. Deshalb kann erst die Einbettung eines solchen Konzentrationsvorganges in die Wechselwirkungen der sonstigen Politik dazu führen, ihn sinnhaftig, beurteilbar und somit auch vergleichbar zu machen; der simple Verweis auf das Faktum selbst hat zumindest seit der "Kritik der reinen Vernunft" von Kant keinen Beweiswert mehr für die Richtigkeit und damit das So-Sein Sollen.[2]

II. Nicht erfüllte Integrationsvoraussetzungen - die Notwendigkeit nationaler Lösungen

Bei solchen Überlegungsansätzen wird in besonders starkem Maße klar, daß eine so spezielle und diffizile Regelung wie die eines europäischen Wettbewerbsrechts erst dann sinnvoll getroffen werden kann, wenn alle beteiligten Länder auf

---

1) Vgl. auch: Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 36, Zif. 1 u. 2; Gemeinschaftsbeitrag, Zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bd 7 der Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Berlin-Zürich 1968, S. 5 ff, 12

2) vgl. I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2.A., o.O. 1787, S. 375, 575 f

einem homogenen Fundament der Wirtschafts- und Währungspolitik stehen. Vor allem die Ungleichgewichte zwischen den Mitgliedstaaten im Preisniveau als einer Folge unterschiedlicher Wirtschafts- und Währungspolitik haben sich in den vergangenen Jahren als eine ernste Gefahr für eine möglichst spannungsfreie wirtschaftliche Entwicklung und für den Bestand des gemeinsamen Marktes erwiesen.[1)]

Seit Jahren wird um verbindliche Grundentscheidungen auf diesen Sektoren gerungen.[2)] Solange sie noch Fehler enthalten und die Wirtschaftspolitik als in hohem Maße unkoordiniert gilt, wäre es eine Illusion, ein europäisches Wettbewerbsgesetz zu konzipieren. Dies nicht nur deshalb, weil um die Maßstäbe eines solchen Gesetzes gerungen werden müßte, sondern weil diese Maßstäbe von den Grundwerten der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik abhingen. Solange ein diesbezüglicher Consens in nach wie vor weiter Ferne steht, ist ein einheitliches Wettbewerbsrecht nicht zu realisieren. Dann aber kann es den souveränen Staaten nicht verwehrt werden, eine nationale und an ihren Grundwerten ausgerichtete Wettbewerbspolitik zu betreiben.[3)] Dies gilt besonders für die Bundesrepublik, die einen relativ harten Kurs steuert. Denn zum einen ist ihr harter Kurs im Bereich der Grundentscheidungen durch eine Prioritätsentscheidung des europäischen Ministerrats[4)] zugunsten der Inflationsbekämpfung bestätigt worden, und zum anderen wäre es das geringere Übel, einen Konzentrationsprozeß

---

1) Jahreswirtschaftsbericht 197o der Bundesregierung, BT-Drucksache VI/281, Nr. 8o

2) Jahresgutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: 1972, BR-Drucksache 612/72, "EWG: Schwieriger Start in eine europäische Währungsunion", Nr. 322 ff; 1973, BT-Drucksache 7/1273, "Europa vorangekommen?", Nr. 269 ff; 1974, BT-Drucksache 7/2848, "Wirtschaftspolitik unkoordiniert", Nr. 56 ff

3) so auch R. Henschel, Institutionelle und organisatorische Hintergründe der Stabilitätspolitik, in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, a.a.O., S. 37 ff, 43

4) vgl. Sachverständigenrat 1973, a.a.O., Nr. 271

nachzuholen, als seine unerwünschten Folgen rückgängig machen zu müssen. Bemerkenswert ist überdies, daß der Bundesregierung zwar die dirigistische Konzentrationsförderung Frankreichs als beispielhaft vorgehalten wird[1], daß sich das gleiche Interessenlager in anderen Fällen aber gerade gegen jeden Dirigismus ausspricht.[2] Gegenüber den speziellen Einwänden aus dem Unternehmenssektor gegen die Fusionskontrolle führte deshalb auch das BKA sachgerecht aus: "Die wichtigsten Kriterien, die über den Erfolg am Weltmarkt entscheiden, sind Preis und Art der Produkte. Diese werden zwar einerseits von der Unternehmensgröße beeinflußt, soweit sie entscheidend auf die kostenmäßige Leistungsfähigkeit des Unternehmens einwirkt; andererseits gibt es aber auch Faktoren, die ohne Rücksicht auf die Größe der Unternehmen einen nicht unerheblichen Einfluß ausüben. Diese sind im wesentlichen die Währungs-, Konjunktur-, Steuer- und Zollpolitik, die Politik und Struktur der Gewerkschaften und die Qualität des Managements. Alle diese Faktoren wirken gleichzeitig auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit ein und können zur Folge haben, daß ein an Kosten gemessen leistungsfähiges Unternehmen international nicht wettbewerbsfähig ist und vice versa."[3]

Besonders die andauernden und politisch teilweise schon als unangenehm empfundenen Exporterfolge sprechen für die auch hier vertretene Ansicht des Bundeskartellamtes und gegen die vorgeschobenen Besorgnisse aus dem Unternehmerlager. Denn diese Exporterfolge werden von Unternehmen erzielt, die im interna-

---

1) Vgl. Anm. 2 auf S. 31 dieser Arbeit
2) A. Sölter, Von der Wettbewerbswirtschaft ..., a.a.O.; zu diesem Vorwurf angeblichen Dirigismus vgl. auch P. Raisch, Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle ..., a.a.O., S. 25 f; K. Schiller, Schwerpunkte moderner Wettbewerbspolitik, marktwirtschaft 1971, Heft 1o, S. 1o ff, "Einer vermachteten Wirtschaft - die einem Dirigismus durch private wirtschaftliche Macht gleichkäme - müßte die staatliche Lenkung auf dem Fuß folgen." (S. 1o)
3) Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, a.a.O., S. 9; so auch O.W. v. Amerongen, Internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft, marktwirtschaft 1971, Nr. 12, S. 6 f

tionalen Vergleich relativ klein sind.[1] Es ist deshalb durchaus der Schluß gerechtfertigt, daß sich ein Land mit einer stabilitätsbewußten Wirtschaftspolitik ein strengeres und auf kleinere Unternehmenseinheiten angelegtes Wettbewerbsrecht leisten kann. Überdies werden noch anzustellende Überlegungen gewichtige Argumente dafür erbringen, daß ein strenges Wettbewerbsrecht seinerseits Voraussetzung für eine erfolgreiche Stabilitätspolitik ist[2] und deshalb sogar als Voraussetzung für die unbestreitbaren Exporterfolge auf internationalen Märkten angesehen werden muß.

Aus einer solchen Perspektive verliert der Einwand, auf eine supranationale Regelung der Fusionsprobleme warten zu müssen, seine Wirksamkeit. Auch dieser Einwand kann einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, weil er weder als vorrangiges öffentliches Interesse nachgewiesen noch begriffen werden kann. Wenn schon nicht so explizit wie aus den hier angestellten Überlegungen, so wird doch überwiegend eine nationale Regelung des Zusammenschlußproblems in der Literatur befürwortet.[3]

---

1) Vgl. BKA-Tätigkeitsbericht 1968, a.a.O., S. 1o; Fortune, World Business Directory, The 3oo Largest Industrials Outside The U.S., 1973 Time Inc.

2) vgl. B. Gahlen, H.K. Schneider (Hrsg.), Grundfragen der Stabilitätspolitik, a.a.O., passim

3) so im Ergebnis z.B. W. Kartte, Ein neues Leitbild ..., a.a.O., S. 78; E. Kantzenbach, Aufgaben einer gemeinsamen Industriepolitik, in: Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration ..., a.a.O., S. 95 f; H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. neub. A., Köln-Berlin-Bonn-München 1966, S. 345; Gemeinschaftsbeitrag: Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 5 ff, 22; B. Griesbach, Fusionswelle 1968/69, Die Aussprache, Bonn 1969, S. 274 ff; BKA-Tätigkeitsbericht 197o, a.a.O., S. 1o f unter Hinweis auf eine OECD Empfehlung zur nationalen Fusionsregelung, S. 33; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium zu den Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 164 ff, 17o Nr. 18

ZWEITER TEIL

Ist die Fusionskontrolle eine systemkonforme Regelung innerhalb der sozialen Marktwirtschaft?

Die soeben erörterten Einwände gegen eine Fusionskontrolle sind in der öffentlichen Auseinandersetzung und Literatur besonders hervorgehoben worden. Wenn wir jedoch von der herausgearbeiteten Feststellung ausgehen, daß die Fusionskontrolle ein Lenkungsmittel eminenter gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Bedeutung ist, so ergibt sich eine noch weit grundlegendere Fragestellung. Sie folgt aus der Tatsache, daß die Fusionskontrolle ihrer Grundintention nach - und damit unabhängig von ihrer speziellen Ausgestaltung - einen Eingriff in bisher unregulierte Marktprozesse beabsichtigt. In solchen Fällen erwächst dem systematischen Betrachter stets die prinzipielle Frage nach der Systemrelevanz bzw. Systemkonformität eines solchen vorgesehenen Instrumentes.

Es wird deshalb die qualitative Vereinbarkeit eines wirtschafts- und rechtspolitischen Mittels mit einem bestehenden Ordnungsgefüge zu prüfen sein. In diesem Zusammenhang verweist der zu Recht geprägte Begriff einer "Interdependenz der Sozialordnungen" auf den Umstand, daß ein Wirtschaftssystem ohne Bezug auf die Privatrechtsordnung und die Verfassung nicht zu verwirklichen ist. Dieser Begriff beinhaltet dann aber auch zwangsläufig, daß einzelne wirtschaftspolitische Mittel zunächst in die Grundkonzeption eines bestehenden Wirtschaftssystems integrierbar sein müssen.[1] Damit ist die konkrete Frage aufgeworfen, ob die präventive Zusammenschlußkontrolle mit dem System einer freien Marktwirtschaft vereinbar ist, ob sie eine marktkonforme oder marktinkonforme Maßnahme ist, bzw.

---

1) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 14 ff, 304 ff; E.-J. Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 441 ff, 442; G. Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467 ff

ob sie mit den Grundsätzen der Verfassung[1] in Einklang steht oder ihnen widerstreitet.

§ 1 Zur Notwendigkeit der Fragestellung

Während der letzte Teil dieser Fragestellung verhältnismäßig klare Beurteilungskriterien aus der Verfassung selbst herleiten kann, erwächst einer Prüfung der Fusionskontrolle am "System der Marktwirtschaft" die Schwierigkeit, entsprechende Maßstäbe zu finden. Denn die freie Marktwirtschaft ist eine tatsächlich gelebte, grundsätzliche wirtschafts- und gesellschaftspolitische Konzeption, die zunächst in keiner Weise zwingend aus dem Grundgesetz zu folgern ist.[2] Sind aber prinzipiell weder marktwirtschaftliche noch planwirtschaftliche Maßnahmen verfassungswidrig[3], so scheint die Frage nach der Systemkonformität ohne Sinn zu sein.

Sie wird deshalb auch bestritten, weil in ihr die Gefahr apriorischer Bewertungen und demzufolge eine überflüssige Einschränkung des politischen Aktionsrahmens gesehen wird.[4] Füllt man jedoch den Begriff des politischen Aktionsrahmens mit mehr Gehalt, so ergibt sich nur ein weiteres Argument für eine Konformitätsüberlegung. Ein solcher Rahmen ist nicht ein Wert an sich, sondern nur final im Zusammenhang mit der Verwirklichung politischer Zielvorstellungen zu sehen. Diese aber können selbst in pluralistischen Gesellschaften bei aller Notwendigkeit zum Kompromiß im vorliegenden Fall hinreichend klar

---

1) Wobei in dieser Arbeit allerdings spezifische verfassungsrechtliche Fragen nicht erörtert werden sollen, vgl. dazu R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971

2) vgl. BVerfGE 4/7 ff; 7/377 ff; H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, a.a.O., S. 18 ff, 23 f; U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., der diese Ansicht m.w.N. als herrschend bezeichnet, S. 29

3) vgl. BVerfGE 4/7, 17 f; 7/377; 12/354; H. Ehmke, Wirtschaft ..., a.a.O., S. 7 ff, 66o ff; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 572 ff; a.A. H.C. Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S. 211 ff, 215

4) H.St. Seidenfus, Sektorale Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Hrsg. W. Ehrlicher u.a., Bd 2, Göttingen 1968, S. 287 ff, 293

determiniert werden. Zwar gilt, daß die Marktwirtschaft nicht zwingend aus dem Grundgesetz zu folgern ist, es gilt aber ebenso, daß sie aufgrund der Programme bedeutender politischer Gruppen[1], der entsprechenden Wahlergebnisse sowie der Regierungserklärung[2] der jetzigen Bundesregierung als die grundsätzlich gelebte Wirtschaftsform anzusehen ist. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Marktwirtschaft ist deshalb anzumerken, daß eine solche "Wirtschaftsverfassung" weit weniger Leben aus programmatischen Artikeln der Staatsverfassung herleiten kann als aus der Summe all der formell bestehenden oder auch nur gelebten Regeln, die das Wirtschaftsleben strukturieren und ausmachen.[3]

Solange aber die Prinzipien der Marktwirtschaft bejaht werden, solange will sich dieses System von dem einer Zentralverwaltungswirtschaft, deren umfassende Realisierung aus der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte ohnehin auszuschließen ist[4], abgrenzen. Deshalb betont die Marktwirtschaft die individuelle Freiheit und stellt die dezentralisierte Marktentscheidung in den Vordergrund. Ohne auf Probleme der Konvergenztheorie eingehen zu müssen, kann deshalb von einem Bedürfnis dieses bejahten Systems ausgegangen werden, alle Prozesse und Eingriffe zu unterbinden, die die Qualität dieses Systems verändern.

Entsprechende Konformitätsüberlegungen sind gerade auch dem Grundgesetz immanent, wenn es z.B. lediglich um die Gewährleistung eines grundrechtlichen Kernbereichs geht. So sind im Rahmen des Art. 14 GG in gewisser Spannbreite Eingriffe in die Eigentumsrechte und damit Eigentumsordnung zulässig, so-

---

1) Das Berliner Programm der CDU vom 27.1.1971, Nr. 61-1o6; Grundsatzprogramm der SPD vom 15. Nov. 1959, Bonn 1959, S. 13/14; Die Freiburger Thesen der FDP, Bonn 1971, S. 8 f, 13 ff

2) vgl. Stenographischer Bericht über die 5. Sitzung des Deutschen Bundestages am 28.1o.1969, S. 23 B

3) H. Merz, Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, Böhm I, S. 227 ff, 229; H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 193 ff

4) vgl. U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 29 ff m.w.N.

lange der Kernbereich des Eigentums unangetastet bleibt.[1] Um aber die Unversehrtheit dieses bejahten Kernbereichs zu gewährleisten, bedarf es der entsprechenden Untersuchung eines jeden Eingriffs auf seine Wirkungen.

Solange also die Prinzipien der Marktwirtschaft akzeptiert werden, ist es geboten, neu konzipierte Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit diesen Grundsätzen zu überprüfen.[2] Denn jedes Ordnungsgefüge ist letztlich auf innere Widerspruchsfreiheit und damit Homogenität angewiesen. Eine Nichtprüfung der Systemkonformität beinhaltete aber die Gefahr, daß system- und ordnungswidrige Maßnahmen eingeführt werden könnten und ungewollt eine Veränderung oder doch Widersprüche mit weitreichenden Folgen verursachen könnten. Die Vermeidung solcher Fernwirkungen zwingt zu Fragestellungen und Informationsprozessen, die speziell auf solche Merkmale von Unvereinbarkeiten abstellen. Besonderes Gewicht wird man solchen Fragen vor allem in Zeiten gesellschaftspolitischer Um- bzw. Neuorientierungen entgegenbringen. Denn wenn in solchen Zeiten auch noch Werte und Axiome des Wissenschaftsgebäudes in Bewegung geraten, so wird oft die Verunsicherung der entscheidungskompetenten und gesetzgebenden Körperschaften die Folge sein.[3]

Zu dieser These führen folgende Überlegungen: Zunächst sind in modernen Demokratien die Parlamente häufig sehr heterogen besetzt und deshalb auch gegenüber Wertvorstellungen zumeist recht inhomogen und amorph. Wenn nun bisher noch als

---

1) Vgl. Art. 19 Abs. II GG; BVerfGE 7/377 ff, 411; zu Art. 2 BVerfGE 6/32 ff, 36; 8/276 ff, 328; 19/93 ff, 96

2) vgl. zur Bejahung marktkonformer Maßnahmen: Stellungnahme der Bundesregierung zum BKA-Bericht 1973, a.a.O., S. III; Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung 1974, BT-Drucks. VII/1646, S. 12

3) vgl. besonders H. Merz, Kartellrecht ..., a.a.O., S. 227, 228 "Welches auch immer die Ursachen sein mögen, die Zielsetzungen positiver Ordnungen gewinnen heute erhöhtes Gewicht..."; vgl. auch H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 193 f, 196 f, 198

Orientierungsdaten anerkannte Wertvorstellungen der Rechts- und Wirtschaftsordnung in Bewegung geraten, so besteht die zunehmende Gefahr, daß bei der Schaffung neuer Gesetze und Normen einseitigen Beurteilungskriterien gefolgt wird.[1] Dies ist auch kaum verwunderlich, wenn wir mit den neueren Ansätzen der Theorie davon ausgehen, daß der einzelne Abgeordnete als Element der zuständigen Körperschaft ebenso wie ein Mitglied von Regierungen lediglich ein exponierter Vertreter zumeist parteilicher Interessen ist. Von diesem Standpunkt aus gesehen sind dann sowohl der einzelne Abgeordnete einer Partei als auch diese selbst gegenüber den Wählern als Stimmenmaximierer anzusehen.[2] Wenn wir nun noch der Einfachheit halber den Einfluß persönlicher Ausstrahlung negieren, so zwingt dieses Maximierungskalkül jeden, sich gegenüber Konkurrenten zumindest durch ein Minimum an Alternativität abzusetzen. Ist aber die Alternative notwendig, um erfolgreich zu sein, dann muß sie sich um des Erfolges willen zunächst an Wirkungen, nicht aber an Werten orientieren.[3] Dabei ist nun die Wirkung ihrerseits mit dem jeweils beim Stimmeninhaber angesprochenen Interesse verbunden.[4] Wenn sich aus dieser Konstellation auch noch für Wahlen der Grundsatz ableiten läßt, mit weitgespannten, aber dennoch unterscheidbaren Erklärungen möglichst viele Interessen und damit Stimmen anzusprechen, so gilt diese Ma-

---

1) Vgl. M. Imboden, Die politischen Systeme, Basel 1962, S. 24; R. Zippelius, Das Wesen des Rechts, 2. neub. A., München 1969, S. 62 ff; F.A.v.Hayek, Die Verfassung ..., a.a.O., S. 86 f, 135 f; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 8 f

2) A. Downs, Ökonomische Theorie der Demokratie, Tübingen 1968, S. 3 ff, 5o

3) vgl. auch E. Heuß, Der Mißbrauch des Rechts durch die Wirtschaftspolitik, Bemerkungen zum Stabilitätszuschlagsgesetz, Böhm II, a.a.O., S. 245 ff, 245; so auch das Eingeständnis: "Damit sehe der Parlamentarier oft mehr auf den Wähler als auf die sachliche Notwendigkeit.", Landtag intern, NRW v. 21.3.1975, S. 2

4) G. Braunthal, a.a.O., S. 89 "... each party will adopt a program of general appeal to the bulk of the electorate."

xime für die anschließende parlamentarische Willensbildung nur ausnahmsweise. Denn in diesem Stadium geht es vor allem darum, sich mit bestehenden Sachzwängen zu arrangieren, die in zunehmendem Maße durch den Einfluß organisierter Interessen repräsentiert werden.[1)]

Die sich aus dieser Abstufung ergebende unzureichende Verständigung u.a. über die Grundpositionen von Staat und Wirtschaft beschleunigt jedoch nur aufs Neue die Ausweitung und Verstärkung reiner Interessenkämpfe.[2)] Daraus folgt für die Rechtsentwicklung wie auch z.B. die Fusionskontrolle als deren Bestandteil die Gefahr, daß sie in eine falsch verstandene Interessenjurisprudenz abgleiten kann. Von dort aber bestehen fließende Übergänge zu einem "normativen Interventionismus"[3)], in dem "das Jammern zur Gruppenstrategie"[4)] wird. Selbst wenn diese Gefahr unter Hinweis darauf, daß "die Menschen ... den Zeitabschnitt, der für sie 'Gegenwart' bedeutet, immer als Krisis"[5)] erleben, relativiert und als wenig

---

1) Ibid., S. 167 ff; B. Dechamps, Macht und Arbeit der Ausschüsse, Meisenheim 1954

2) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 7 ff; R. Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, Böhm I, a.a.O., S. 41 ff, 42

3) exemplarisch für diese Probleme ist z.B. der Umstand, daß sich Besteuerungsmaximen häufig einseitig auf aktuelle wirtschaftspolitische Probleme konzentrieren und dabei die grundlegenden Prinzipien wie z.B. der Gleichmäßigkeit negieren; vgl. dazu D. Pohmer, Zur Abstimmung des Steuersystems auf die Wirtschaftsordnung, Finanzarchiv N.F., Bd 15, S. 373 ff, 374, 380 f; derselbe, Grundlagen der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, Berlin 1958, S. 146 f; H. Ritschl, Spezialdiskussion zum Thema "Konzentration und Finanzpolitik" v. H. Haller, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 313 f; zu ähnlichen Problemen H.-O. Lenel, Haben wir noch eine soziale Marktwirtschaft? ORDO 1971, Bd XXII, S. 29 ff, 31 f

4) E. Küng, Art. "Interventionismus", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd V, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956, S. 322

5) E. Spranger, Leben wir in einer Kulturkrisis?, in: Sinn und Sein, Ein philosophisches Symposion, Hrsg. R. Wisser, Tübingen 1960, S. 763

wahrscheinlich erachtet würde, so käme die Rechtsentwicklung doch kaum über ein "kausales"[1] Rechtsdenken hinaus. Auch dann bestimmte aber "die jeweilige Machtlage"[2] die Bewertung des Rechts, so daß die schon bestehende Gefahr einer Entartung der Berufsgruppen zu reinen "Interessentenhaufen" durch nichts gebannt wäre. Vielmehr würde noch zielstrebiger das Stimmenmaximierungskalkül der Parteien angesprochen und ausgenutzt oder aber durch Lobbys unmittelbar beeinflußt.[3]

Das Problem der Systemrelevanz muß also als gebotene Fragestellung verstanden werden, um über den Charakter und die Wirkungen eines rechts- und wirtschaftspolitischen Mittels umfassend informiert zu werden. Denn nur innerhalb eines möglichst umfassenden Informations- und Meinungsbildungsprozesses besteht die ausreichende Gewähr, daß der politische, ökonomische und gesellschaftliche Rahmen entsprechend den Zielvorstellungen langsam abgeändert wird. Auch unvorhergesehene Folgen als das Hauptproblem aller Interventionen können auf diese Weise weitgehend vermieden werden[4], wie auch nur so eine Kontrolle staatlichen Handelns gewährleistet sein wird, das immer eine Kontrolle der Auswirkungen dieses Handelns sein muß. Doch nicht nur theoretisch ist die Forderung zu begründen, eine nicht unbedeutende Maßnahme auf ihre Systemkonformität hin zu überprüfen.[5] Einerseits sollte aus den praktischen Erfahrungen z.B. der Agrarpolitik die reale Gefahr erkannt werden, die marktinkonforme Mittel kraft ihres von v. Mises beschriebenen

---

1) Vg. zu Begriff und Intention F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 341
2) R. Müller-Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950, S. 74 f, 84 ff
3) vgl. z.B. Th. Eschenburg, Herrschaft der Verbände?, Stuttgart 1955, S. 49, 64 f, 87; H. Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln-Opladen 1954, S. 32; K. Pritzkoleit, Die neuen Herren, Wien-München-Basel 1955, S. 245; J.H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956; vgl. auch E.-J. Mestmäcker, Abkehr, a.a.O., S. 32 f; G. Braunthal, a.a.O., S. 175 ff
4) K.R. Popper, a.a.O., Bd II, S. 163 f; K. Schiller, Der Ökonom und die Gesellschaft, Stuttgart 1964, S. 68
5) vgl. G. Gäfgen, Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd 2, 3.A., Göttingen 1972, S. 1 ff, 45

Kumulativ- und Fernwirkungsprozesses in sich tragen.[1] Andererseits sollte aber auch die ebenso aktuelle Problematik unzureichender Informations- und Entscheidungsprozesse beachtet werden, wie sie sich z.B. bei der Behandlung des Problems multinationaler Unternehmen offenbart.[2]

Die mit diesen Konzernen unbestritten einhergehende Problematik wird von den betroffenen Ländern zumeist nur mit der Existenz dieser Konzerne in Zusammenhang gebracht, nicht aber den politischen Versäumnissen der Vergangenheit angelastet.[3] Doch es waren diese politischen Instanzen, die es unterließen, einen nationalen oder gar internationalen Rahmen für die sich entsprechend entwickelnden Marktgiganten zu schaffen. Zum Teil sind es also diese politischen Versäumnisse der Vergangenheit, die anderen Gruppen wie z.B. dem DGB für Forderungen bis hin zur Investitionslenkung dienen.[4] Das heutige Vorgehen stellt sich damit aber nur als ein Kurieren an Symptomen dar. Die eigentlichen Ursachen liegen hingegen in einer Fehleinschätzung der Entwicklung, mangelnder internationaler Verständigung zwischen den politischen Instanzen[5] oder aber in einer zu großen Beeinflußbarkeit dieser Instanzen durch die immer stärker gewordenen Konzerne.[6]

---

1) Vgl. E. Küng, Art. "Interventionismus", in: HdSW, Bd 5, a.a.O., S. 321 ff
2) vgl. zum Problemkreis R. Hellmann, Die Kontrolle multinationaler Unternehmen, Baden-Baden 1974
3) so stellte schon eine OECD-Empfehlung aus dem Jahre 1970 aufgrund entsprechender Vorkommnisse fest, daß es dringend notwendig sei, gesetzliche Vorkehrungen zu treffen, um einen angemessenen internationalen Informationsaustausch sicherzustellen und gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken auf internationaler Ebene vorgehen zu können. Vgl. BKA-Tätigkeitsbericht für 1970, a.a.O., S. 33
4) DGB-Kongreß: Multis ans Gängelband, Wirtschaftswoche 1975, Nr. 15, S. 22 f
5) H. Schumacher, Die ökonomische Macht multinationaler Unternehmen, WuW 1973, S. 5 ff, der für die Zukunft eine Kontrollmöglichkeit nur über internationale Kooperation und entsprechendes Wettbewerbsrecht sieht, S. 12
6) vgl. zum Thema "Multinationale im Kreuzfeuer" E. Pichl, Macht und Gegenmacht, Wirtschaftsdienst 1973, S. 342 ff; O. Niederhausen, Unzulässige Verallgemeinerungen, ibid., S. 346 ff; D. Stentzl, Eine eindeutige Beurteilung ist nicht möglich, ibid., S. 348 ff; "More profit, and suspicion", Time 1974, May 6th, S. 20

§ 2 Der Maßstab für eine Konformitätsprüfung

Wenn wir uns aus den bisher genannten Gründen hinsichtlich der Fusionskontrolle die Frage nach deren Systemkonformität stellen, so fehlt es zunächst an einem konkreten Bezugsrahmen. Insbesondere mußten wir erkennen, daß dem Grundgesetz selbst keine direkte und zwingende Aussage über etwaige Wirtschaftsmodelle zu entnehmen ist. Daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, daß das Parlament und die Regierung in der Wahl ihrer wirtschaftspolitischen Mittel völlig frei wären.[1] Vielmehr zieht das Grundgesetz in nicht unerheblichem Maße Grenzen für wirtschaftspolitische Grundentscheidungen und Mittel. Als eine Gruppe solcher grundgesetzlicher Vorschriften sind zunächst die Grundrechte, insbesondere Art. 2, 12, 14 GG anzusehen. Darüber hinaus schaffen die auf Art. 9 Abs. III GG beruhenden Ergebnisse der Sozialpartner wichtige Rahmendaten für wirtschaftspolitische Entscheidungen. Soweit diese Grundrechte neben der Sicherung individueller Rechtspositionen auch gewisse Ordnungen und wirtschaftlich wesentliche Elemente institutionalisieren und folglich durch den Staat fördern wollen[2], bilden sie eine teilweise unüberwindbare Grenze für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Neben solchen Leitlinien und Grenzen, die aus den Grundrechten folgen, enthält die Verfassung weitere Vorschriften, die die Wirtschaftsordnung binden. Zu nennen wäre hier in erster Linie das Verfassungsprinzip des sozialen Rechtsstaates, das einen Rückfall in eine rein liberale Marktwirtschaft verbietet.[3] Teilweise werden auch aus den Vorschriften über die Kompetenzverteilung wie z.B. Art. 74 Nr. 16 GG (Bekämpfung wirtschaftlichen Machtmißbrauchs) grundlegende Aussagen über die Möglichkeiten und Grenzen wirt-

---

1) So auch U. Scheuner, Wirtschaftslenkung, a.a.O., S. 31 ff
2) vgl. auch U. Scheuner, a.a.O., S. 31, 36 ff unter Bezug auf BVerfGE 6/309, 355; vgl. auch BVerfGE 7/377 ff, 411; P. Häberle, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2.A., Karlsruhe 1972, S. 18 ff
3) vgl. H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 198

schaftlicher Gestaltungsfreiheit hergeleitet.[1] Solche Schlüsse sind um so weniger von der Hand zu weisen, desto mehr von dem Prinzip der Einheit der Verfassung ausgegangen wird und auch werden muß.[2]

Schließlich wird in der Aufnahme des Art. 1o9 Abs. II GG im Jahre 1967 und dem darauf basierenden, und deshalb auch noch heranzuziehenden, Stabilitätsgesetz von einem großen Teil der Lehre eine Grundlage für wirtschaftspolitische Zielsetzungen und Möglichkeiten gesehen, die über die reinen Beziehungen zum Haushaltswesen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden[3] weit hinausgehen.[4] Daraus folgt, daß das Parlament und die Regierung sich ganz allgemein im Aktionsrahmen des grundgesetzlich Möglichen halten müssen, wie sie nach überwiegender Ansicht auch zugleich die Funktionsbedingungen einer entwickel-

---

1) Vgl. E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd 1, 2.A., Tübingen 1953, S. 393

2) so auch H. Ehmke, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 1963, Bd 2o, S. 37 ff, 89; D.Chr. Dicke, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1969, S. 1o5; U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 23; zur Einheit der Rechtsordnung überhaupt vgl. auch BFH, BStBl 1962, III, S. 3o5

3) vgl. K. Stern, Die Neufassung des Art. 1o9 GG, NJW 1967, S. 1831 ff, 1837; Stern-Münch, Gesetz zur Förderung der Stabilität, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, S. 53; A. Möller, Kommentar zum Gesetz zur Förderung der Stabilität, Hannover 1968, S. 64/65; E. Bender, Die aktuellen Ziele der Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, S. 849 ff, 852

4) ibid.; so wohl auch U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 35/36; BVerfGE 27/58 ff, 66; noch weitergehend im Sinne eines grundlegenden Wandels der wirtschaftlichen Ordnung des Grundgesetzes R. Zuck, Die global gesteuerte Marktwirtschaft und das neue Recht der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, S. 13o1 ff, 13o3; E.H. Ritter, Der Wandel der Wirtschaftspolitik und die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, S. 1393 ff, 1397

ten Industriewirtschaft zu beachten haben.[1] Wirtschaftspolitische Instrumente müssen sich demnach unter dem Gesamtvorbehalt des Grundgesetzes auch mit den Funktionsbedingungen einer Industriewirtschaft vereinbaren lassen. Zu diesen Funktionsbedingungen gehört aber vor allem der sich auf die Art. 2, 12, 14 GG gründende Marktprozeß. Die zentrale Frage für die Prüfung der Systemkonformität ist deshalb identisch mit der Frage nach der Marktkonformität.

I. Das Kriterium der Marktkonformität

Bezüglich der Marktkonformität ist zwischen marktkonformen und marktinkonformen Maßnahmen zu differenzieren. Letztere greifen direkt in den Marktmechanismus ein und verändern die Ergebnisse des Wirtschaftsprozesses, wobei sie insbesondere die Preismechanik oder sonstige essentielle Selbststeuerungskräfte des Marktes lahmlegen. Marktkonforme Maßnahmen hingegen verstehen sich als indirekte Eingriffe, indem sie die unabhängigen Variablen, die Bedingungen oder Daten eines Prozesses,

---

1) Vgl. G. Gutmann, H.J. Hochstrate, R. Schlüter, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Heft 4 der Schriften zum Vergleich wirtschaftlicher Lenkungssysteme, Hrsg. K.P. Hensel, Stuttgart 1964, S. 13 ff; H. Merz, Kartellrecht ..., a.a.O., der die Marktwirtschaft aus der verfassungsmäßig garantierten Privatautonomie herleitet und die Marktwirtschaft als Ziel an sich formuliert, S. 251; R. Wiethölter, Die Position ..., a.a.O., S. 6o f m.w.N.; vgl. auch L. Schürmann, Kartellgesetzgebung und Privatwirtschaft, in: Die Frage einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, Eine Artikelreihe der "Neuen Zürcher Zeitung", Zürich o.J., S. 39 ff; weitergehend: F. Böhm, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, ORDO 1958, Bd X, S. 167 ff, 169, 195; derselbe, Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd I, Karlsruhe 1961, S. 3 ff, 13 f; derselbe, Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, in: Franz Böhm, Reden und Schriften, Hrsg. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 196o, S. 82 ff, 96 ff; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 195o, S. 193 ff; vgl. generell zur ordnungsmäßigen Ausdeutung des Grundgesetzes H.U. Scupin, Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, Münster 195o; a.A. A. Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Haltern 1953, S. 31 f

ändern, um dadurch auf die Zielgröße als abhängige Variable Einfluß zu nehmen.[1] Mithin perpetuieren inkonforme Eingriffe die Motivationen und Anreize z.B. für einen Produktionsprozeß und steuern ihn lediglich über z.B. verordnete Mindestpreise, die deshalb zu mengenmäßigen Überschüssen führen, wenn sie im angenommenen Fall oberhalb des Gleichgewichtspreises fixiert werden. Die marktkonformen Maßnahmen sind hingegen darauf gerichtet, die Motivationen und Produktionsanreize beispielsweise durch eine Kostensteuer zu beeinflussen. Auf diese Weise führen sie ceteris paribus nicht nur zu den erwünschten höheren Preisen, sondern bewirken unter Aufrechterhaltung des freien Spiels von Angebot und Nachfrage auch eine entsprechende Mengenbeschränkung. Erst durch diesen Ablauf werden aber graue Märkte und sonstige ungewollte Folgeprozesse vermieden.

Gerade für das gewählte Preisbeispiel muß allerdings zugegeben werden, daß der marktinkonforme Eingriff häufig schneller und gezielter einzusetzen ist. Außerdem ist er wegen seiner größeren Berechenbarkeit auch zumeist politisch leichter realisierbar. Aus solchen Gründen und wegen der mangelnden Eindeutigkeit des Interventionskriteriums der Marktkonformität je nach Anwendungssituation und Dosierung[2] sollten marktinkonforme Mittel keineswegs aus quasiideologischen Gründen generell abgelehnt werden.[3] Sie können durchaus sachgerechte Mittel der Wirtschaftspolitik sein, wenn es darum geht, schnell und wirkungsvoll ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Die Notwendigkeit eines schnellen Eingriffs darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß inkonforme Interventionen mittel- und langfristig in aller Regel marktkonformen Mitteln unterlegen sind.

---

1) Vgl. W. Röpke, Art. "Staatsinterventionismus", in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Ergänzungsband, 4.A., Jena 1929, S. 821 ff; A. Rüstow, Interessenpolitik oder Staatspolitik, in: SfV, Bd 187, München-Leipzig 1933, passim; H.v.Stackelberg, Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung, ORDO 1949, Bd II, S. 2oo ff; H. Schuster, Wettbewerbspolitik, München 1973, S. 134 ff

2) vgl. G. Gäfgen, Theorie ..., a.a.O., S. 46

3) J. Tinbergen, On the Theory of Economic Policy, 2.A., Amsterdam 1956, S. 3

Denn wo die Anreize und Motivationen einen bestimmten Marktprozeß aufrecht erhalten, wird die Umgehung einer staatlichen Behinderung die Folge sein, nicht aber die selbsteinsichtige Verhaltensänderung der Betroffenen. Neue Maßnahmen wären erforderlich, ein nicht überschaubarer kumulativer Prozeß begänne.

Erst das allgemeine Wissen um die Inkonformität und die speziell daraus resultierende Gefahr eines kumulativen Prozesses schafft deshalb den Zwang, sich nicht mit dieser Sofortmaßnahme zufriedenzugeben, sondern sie erforderlichenfalls durch den Einsatz konformer Mittel zu unterstützen oder gar zu ersetzen. Mit dieser Einstellung soll zugleich dem Umstand Rechnung getragen werden, daß eine Orientierung an den Fakten für eine Wirkungsanalyse der Instrumente ebenso unerläßlich ist wie die Konformitätsprüfung selbst.[1] Eine Feststellung übrigens, die bereits Eucken klar formulierte[2], wenngleich seine Kritiker sie leicht übersehen. So kann es auch aus der Rückschau nicht verwundern, daß die Bildung marktbeherrschender Unternehmen um so stärker zunimmt, desto schärfer man sich gegen Kartelle wendet.[3]

II. Die Kenntnis der Ursachen der Konzentration als Beurteilungsvoraussetzung

Eine Konformitätsprüfung der Fusionskontrolle wie auch deren Beurteilung überhaupt setzt die Kenntnis der typischen Ursachen für Fusionen voraus.[4] Eine Ursachenanalyse ist in-

---

1) Vgl. G. Gäfgen, a.a.O., S. 46 u. Hinweis auf K.C. Thalheim
2) W. Eucken, Grundsätze ..., a.a.O., S. 251: "Die Wirtschaftspolitik hat die Neigung, entweder in einen unrealistischen Doktrinarismus zu verfallen, welcher die jeweilige historische Situation nicht berücksichtigt, oder in einen ungrundsätzlichen Punktualismus, welcher die Wirtschaftspolitik zu einem Chaos ... macht."
3) F. Haussmann, Das Dilemma eines deutschen Antitrustgesetzes, Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, Bern 1955, S. 33; Bericht des BKA über seine Tätigkeit im Jahre 1970, S. 10 f
4) so auch Bericht des BKA für 1970, a.a.O., S. 14

soweit Beurteilungsvoraussetzung. Sie bedarf allerdings deshalb nur des Umfanges und der Feststellungen, die für die Beurteilung selbst erforderlich sind. Eine kurze Darstellung der bisher im wesentlichen erarbeiteten und besonders von Lenel[1] untersuchten Konzentrationsursachen kann demnach bei gleichzeitiger Bezugnahme auf die Fusionskontrolle als ausreichend angesehen werden.

Lenel definiert Konzentration als einen Prozeß, durch den die Verfügungsmacht einzelner Unternehmer über Produktionsmittel zunimmt. "Wenn das Gewicht einzelner Pläne stärker als das durchschnittliche Gewicht aller Pläne wächst und dieses durchschnittliche Gewicht übersteigt", so liegt seiner Ansicht nach Konzentration vor.[2] Der Begriff der Konzentration hat zwar noch weitere Definitionen erfahren[3], doch es erübrigt sich ein Eingehen auf diese Definitionen. Insoweit ist Bartholomeyczik zuzustimmen, wenn er feststellt, daß diese Versuche begrifflicher Abgrenzung "wenig dazu beitragen, das Phänomen selbst zu bewältigen"[4]. Für die anstehende Untersuchung wichtiger erscheint deshalb die Tatsache, daß Konzentration sowohl durch natürliches bzw. internes als auch durch externes Wachstum eintreten kann.[5] Nur dieses externe Wachs-

---

1) H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O.; vgl. ferner H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd II: Ursachen der Konzentration, VfS, N.F., Bd 2o/II, Berlin 196o; K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, S. 61 ff; C. Föhl, Ursachen und Beeinflußbarkeit der Vermögenskonzentration, S. 156 ff; K. Brandt, Konzentration und Wachstum, S. 25o ff; W. Wittmann, Konzentrationsprobleme in der Betriebssphäre, S. 267 ff; R. Henzler, Konzentrationsprobleme in der Unternehmungssphäre, S. 321 ff; H. Haller, Konzentration und Finanzpolitik, S. 288 ff: sämtlich in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, a.a.O. 1961

2) H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 4 ff; ähnlich F.M. Meyer u. H. Gröner, Internationale Konzentration, in: Die Konzentration ..., Bd 2o/I, a.a.O., S. 753 ff, 754 f

3) H. Arndt, G. Ollenburg, Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration ..., Bd 2o/I, a.a.O., S. 3 ff

4) H. Bartholomeyczik, Im Gemeinschaftskommentar zum GWB und Europäischen Kartellrecht, 2.A., Köln-Berlin-Bonn-München 1963, §§ 23/24, Rdnr. 23

5) vgl. R.B. Heflebower, Economics of Size, The Journal of Business 195o, Vol. 23, S. 255 f; R. Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, 7.A., Stuttgart 1927

tum interessiert aber im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle und ist begrifflich relevant.

Die Ursachen dieser speziellen Konzentrationsart werden in der tagespolitischen Diskussion häufig simplifiziert, so daß die Komplexität des Problems eher verschleiert denn aufgezeigt wird. Wenn z.B. E. Günther zwei Gründe für die Bildung marktbeherrschender Unternehmen nennt, nämlich die ständige Zunahme des Massenkonsums mit wachsenden Betriebseinheiten, wie auch die Entwicklung der Technik zu immer größeren Anlagen[1], so werden trotz der Problemeinengung auf die Marktbeherrschung nur Teilaspekte ohne ausreichende Würdigung angesprochen.[2] Es ist jedoch unerläßlich, die Unternehmung in ihrer umfassenden wirtschaftlichen Verflechtung zu sehen und die daraus resultierenden Konzentrationsimpulse zumindest zu skizzieren. Bei diesem Vorgehen kann nach dem heutigen Meinungsstand zunächst grob zwischen einzel- und gesamtwirtschaftlichen Ursachen unterschieden werden.

1. Einzelwirtschaftliche Ursachen

a) Produktionsbedingte Ursachen

Was die Entwicklung der Technik zu größeren Anlagen angeht, so gibt es zweifellos solche von Günther angesprochenen Tendenzen wie z.B. in der Stahlindustrie. Hier wuchs die Kapazität der Hochöfen von ca 45o t Roheisen pro Tag seit 1914 auf etwa 13oo bis 15oo t pro Tag im Jahre 196o[3] und heutzutage sind bereits Hochöfen mit einer Tagesleistung von ca 5ooo t im Gespräch. Doch technisch läßt sich Roheisen ebenso

---

1) E. Günther, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 196o, S. 159 ff, 159; ähnlich J.K. Galbraith, Die moderne Industriegesellschaft, aus dem Amerikanischen von N. Wölfl, München-Zürich 1968, S. 47

2) vgl. auch W. Kartte, Ein neues Leitbild ..., a.a.O., S. 73/74

3) vgl. K. Hax, a.a.O., S. 64 f; ferner: W. Sombart, Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, Bd III/2, unveränd. Neudruck, Berlin 1955, S. 541; Th. Beste, Die optimale Betriebsgröße als betriebswirtschaftliches Problem, Leipzig 1933, S. 18 m.w.N.; F. Harders, Wie groß sollen Stahlkonzerne sein?, Volkswirt 1969, Nr. 22, S. 26

gut in kleineren Öfen herstellen, so daß die eigentlich anerkennenswerte Ursache auch hier weniger technischer als wirtschaftlicher Art ist. Ein rein technischer Zwang ist deshalb nur in seltenen Fällen Motor für eine Konzentration. Mittlerweile sind vielmehr Nachweise dafür erbracht worden, daß gerade die moderne Technik mit vollkommenen Kleinaggregaten wie Elektromotoren, Kleincomputern, time-sharing Anlagen usw. keineswegs das Großunternehmen begünstigt.[1] Selbst "technisch bedingte Minimalgrößen"[2] werden häufig mehr durch die Nachfrage als durch die Technik selbst gefördert.[3] Auch die Auflagendegression durch Massenfertigung kann nicht mehr als "Reservat des Großbetriebes"[4] bezeichnet werden. Überhaupt sind die sogenannten "economies of scale" gemeinhin wesentlich seltener als angenommen wird. Spezielle Untersuchungen in den USA haben ergeben, daß Großunternehmen in Bezug auf die Höhe der Stückkosten nicht zwangsläufig leistungsfähiger sind. Selbst der technische Fortschritt ist nicht sonderlich signifikant mit der Existenz der Großunternehmen korreliert.[5]

Noch wichtiger als diese Feststellungen ist aber wohl die Tatsache, daß solche homogenen Massengüter der Industriegigan-

---

1) Vgl. J.M. Blair, Does large-scale enterprise result in lower costs?, A.E.R. 1948, Vol. 38, P.P., S. 121 ff; E. Heuß, Konzentration, ..., a.a.O., S. 562; F.N. Wittnebert, Größe contra Rentabilität, Die Chancen der Kleinunternehmen, Originaltitel: Bigness versus Profitability (Thinking Ahead), Harvard Business Review 1970, Vol. 48, S. 158 ff, hier "Christ und Welt" v. 27.2.70, Nr. 9, S. 21

2) K. Hax, a.a.O., S. 75

3) Man denke z.B. an den Großschiffsbau, der bestimmte Mindestgrößen einer Werft fordert. In diesem Zusammenhang ist interessant, daß die mittelgroße Bremer Vulkan AG (vgl. Volkswirt 1970, Nr. 34, S. 44) auch in den Großschiffsbau eingestiegen ist, vgl. Wirtschaftswoche 1971, Nr. 48, S. 78 f; Nr. 47, S. 74 f

4) K. Hax, a.a.O., S. 76

5) vgl. BKA-Bericht für 1968, BT-Drucks. V/4236, S. 8 unter Bezugnahme auf: Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly; vgl. auch F.M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 1970, S. 15; R. Fischer, Wachstum, Effizienz und Marktverhalten konglomeraler Unternehmen, WuW 1973, S. 245 ff, 249

ten überwiegend nicht in einem, sondern in mehreren Betrieben hergestellt werden. Produktionstechnisch möglicherweise optimale Betriebsgrößen sind somit lediglich in einer Hand zusammengefaßt.[1] Betriebswirtschaftlich und technisch spräche dann aber nichts dagegen, solche Betriebsgrößen selbständig zu führen.[2] Allerdings liegt ein anderer Vorteil solcher Konzentrationen auf der Hand; denn erst so werden überregionale Märkte wegen der unterschiedlichen Standorte dieser Betriebseinheiten beherrschbar. Lediglich der "technisch bedingten Verbundwirtschaft" und den Aspekten bestimmter "Kuppelproduktionen"[3] kann folglich ein überzeugender technischer Zwang zur Zusammenfassung mehrerer Betriebe gleicher oder unterschiedlicher Produktionsstufe in einem Großunternehmen zugesprochen werden, um z.B. das Arbeiten "in einer Hitze" zu ermöglichen.[4]

Wenn also die konzentrationsfördernden technischen Bedingtheiten schon längst nicht so zahlreich sind wie häufig angenommen wird, so muß ihre Bedeutung noch aus einem anderen Grunde relativiert werden. Denn Vorteile der "economies of scale" können nicht von Standortproblemen bezüglich der Beschaffung und des Absatzes losgelöst werden. Dann aber besteht im Einzelfall leicht die Gefahr, daß die Vorteile der Produktionsseite rasch durch progressiv wachsende Kosten der Beschaffung und des Absatzes aufgezehrt werden.[5] Mithin kann

---

1) Vgl. P.M. Sweezy, Die Zukunft des Kapitalismus und andere Aufsätze zur politischen Ökonomie, Ed. Suhrkamp, o.O. 197o, S. 34

2) vgl. auch J.F.A.W. Franke, Marktmacht und Inflation, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 1973, S. 285 ff, 287

3) K. Hax, a.a.O., S. 46 f

4) vgl. F. Felter, The Fundamental Principle of Efficiency in Mass Production, in: Relative Efficiency of large Medium-sized and Small Business, TNEC Monograph, Washington 1941, S. 398 ff

5) vgl. R.C. Bernhard, Wettbewerb, Monopole und öffentliches Interesse, Ihre Behandlung in der ökonomischen Theorie sowie im angloamerikanischen und deutschen Recht, Stuttgart 1963, S. 57; ferner Th. Wessels, Konzentration und Anpassungsprozesse, in: Die Konzentration ..., Bd 22, a.a.O., S. 348 ff; H. Achinger, Sozialpolitische Aspekte der Konzentration, ibid., S. 215 ff, 222 ff; F. Herttle, Standortprobleme der amerikanischen Eisen- und Stahlindustrie, Basel-Tübingen 1959

gegenüber der exemplarisch diskutierten Aussage Günthers festgestellt werden, daß die technische Entwicklung keineswegs einseitig dem Größenwachstum Vorschub leistet.[1] Vielmehr erlauben empirische Untersuchungen in den Vereinigten Staaten, die auf diesem Gebiet grundsätzlich bei Einbeziehung eines gewissen time-lags auch für deutsche Verhältnisse aussagefähig sind, einen gegenteiligen Schluß. Danach lassen die Produktionstechnik und die Praxis der Betriebsführung eher eine Verminderung als eine Steigerung der Meßzahlen für eine Betriebskonzentration erkennen.[2] Von einer Fusionskontrolle wären demnach unter dem Aspekt technischer Bedingtheiten grundsätzlich keine marktinkonformen Einflüsse zu erwarten.

b) Konzentrationsimpulse aus dem Beschaffungsbereich

Auch der Beschaffungsbereich kommt zunächst als Ursache für Konzentrationen in Betracht. Eine nur prinzipielle Darstellung dieser Impulse steht vor der Frage, an welchem Beispiel die Problematik verdeutlicht werden soll. Denn Beschaffungsprobleme bestehen sowohl im rein produktionstechnischen Sektor im Sinne einer Input-Output-Verflechtung, wie sie auch zwischen Produktions- und Handelssektor oder aber zwischen mehreren Stufen des Handelssektors selbst bestehen.

In all diesen Fällen läßt sich jedoch der Grundsatz erkennen, daß nur das beschafft wird, was nach oder ohne Bearbeitung auch wieder abgesetzt werden kann. Träger einer solchen absatzwirtschaftlichen Aufgabe und somit auch des vorangegangenen Beschaffungsproblems sind also prinzipiell alle Unternehmen, gleich welchen Wirtschaftszweiges und welcher Produktions- oder Handelsstufe. Ausnahmen sind deshalb immer

---

1) Vgl. K. Hax, a.a.O., S. 78; H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 269 ff; E. Heuß, Konzentration ..., a.a.O., S. 252

2) vgl. Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate, 9oth Congress, 2nd Session, Part 2, Washington D.C. 1968, S. 641 - 643; in einigen Fällen wird sogar von einer kostenmäßig begründeten Tendenz zur Dekonzentration gesprochen: vgl. J.M. Blair, On the Courses of Concentration, in: Die Konzentration ..., Bd 2o/I, a.a.O., S. 828 f m.w.N.

gewillkürt, indem Unternehmungen durch Beteiligung an Syndikaten auf die Wahrnehmung solcher Aufgaben überhaupt verzichten oder sie durch Bildung von Kartellen (Konditionen-, Rabatt-, Preiskartelle) nur beschränkt wahrnehmen. Da ansonsten stets gleiche Grundprobleme auftauchen, soll dem produktionstechnischen Bereich der Vorlieferungen weniger Beachtung geschenkt werden als dem Beschaffungsbereich des Handelssektors. Denn dieser hat sich in der Vergangenheit besonders augenfällig entwickelt.

Ziel der Beschaffung ist es auch hier, günstige Einkaufsbedingungen zu erreichen, von denen bereits in hohem Grade die weiteren Absatzerfolge abhängen.[1] Solche günstigen Bedingungen können nun aber nur die Folge einer Interessenauseinandersetzung und anschließenden Einigung zwischen zwei Marktpartnern sein. Das dabei erzielbare Ergebnis wird zunächst von der Leistungsfähigkeit und dem Leistungswillen des Lieferanten abhängen. Beide Größen sind allerdings im Rahmen marktwirtschaftlicher Spielregeln beeinflußbar.[2] So kann die Leistungsfähigkeit des Lieferanten durch entsprechend hohe Abnahmemengen des Beschaffenden durchaus gesteigert werden. Darauf basierende Mengenrabatte sind Beispiele solcher wirtschaftlichen Vorteile, die zunächst zugunsten des Produzenten aus einer entsprechenden Kostendegression entstehen. Inwieweit diese beeinflußbare, objektive Leistungsfähigkeit weitergegeben wird, hängt jedoch vom subjektiven Leistungswillen des Lieferers ab. Dieser Leistungswille variiert langfristig mit der Zahl von Alternativen, die beide Marktseiten haben, also mit dem Wettbewerb. Denn wenn wir der Einfachheit halber von einem möglichst hohen Gewinn als Unternehmensziel ausgehen, so wirkt sich die Nichtweitergabe solcher beschriebener Kostenvorteile unmittelbar auf die Realisierung des Unternehmenszieles aus. Sobald aber der Beschaffende für seine

---

1) Vgl. R. Seyffert, Wirtschaftslehre des Handels, 4. A., Köln-Opladen 1961, S. 3 f

2) vgl. dazu und zu den Grenzen H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 196 f

Nachfragemenge bei anderen Anbietern bessere Konditionen findet oder für den Lieferanten der wesentliche Abnehmer ist, so wird ein tendenzieller Druck auf dessen Bereitschaft ausgeübt, die entstandenen Vorteile auch weiterzugeben. Auf diesen prinzipiellen Überlegungen beruhen auch die meisten Bemühungen, durch Konzentration der Beschaffungsmenge in einer Hand entsprechende Einkaufsvorteile zu erzielen.

Zugleich muß aber auch klar erkannt werden, daß die Nachfragekonzentration über alle genannten Folgen hinaus auch das Instrument des aus der Größenordnung resultierenden Machtdrucks beinhaltet. Da ein solches Machtpotential wegen seiner unscharfen Grenzen nicht nur zur Weitergabe entstandener Vorteile, sondern auch zur Einräumung ökonomisch nicht gerechtfertigter Konditionen führt[1], stellt sich die generelle Frage nach der marktwirtschaftlichen Verträglichkeit solcher Sachverhalte. Führten die eingangs genannten Bezugsvorteile zu keiner spezifischen Gegenreaktion des Liefersektors, so wird Machtdruck der zuletzt genannten Art zumindest langfristig ein weiterer Konzentrationsimpuls sein.[2] Um Machtgegengewichte zu schaffen, wird sich der Liefersektor nach Möglichkeit horizontal zusammenschließen. Gelingt dieser Prozeß nicht, so ist häufig eine vertikale Konzentration die Folge, bei der sich oft der Produktionsbereich der Einkaufsmacht bis zur totalen Abhängigkeit unterordnen muß.[3]

Es ist deshalb auch gefährlich, die Bildung von Einkaufsmacht dann zu begrüßen, wenn sie sich gegenüber bestehender Anbietermacht bildet. Denn gerade die Erhebung der sogenannten "countervailing power" zu einem Prinzip des Wettbewerbs impliziert notwendig auch den typischen wettbewerblichen Prozeß des

---

1) Vgl. dazu mit Beispielen K. Hax, a.a.O., S. 79
2) vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34
3) vgl. zu diesen Problemen J.J. Spengler, Vertical Integration and Antitrust Policy, in: The Journal of Political Economy 1950, Vol. 58, S. 347 ff; J.R. Gould, The Firms' Demand for Intermediate Products, Economica 1960, New Series, Vol 27, S. 32 ff m.w.N.; H.v.Stackelberg, Grundlagen einer reinen Kostentheorie, Wien 1932, S. 69 ff

Voreilens und Nacheilens bezüglich der wechselseitigen Machtentwicklung. Damit würde aber die Konzentration der Macht bis hin zu einem bilateralen Monopol gefordert und gefördert, dessen Marktergebnisse bekanntlich innerhalb eines Unbestimmtheitsbereiches allein von der "bargaining power" abhängen.

Abgesehen davon, daß ein solcher Prozeß im Rahmen einer Marktwirtschaft nach unseren bisherigen Ausführungen nicht vertretbar wäre, tauchte durch ihn und seine Wirkungen noch ein weiteres Problem auf. Wie nämlich die Weitergabe der Vorteile auf der Produktionsstufe letztlich nur mit dem Wettbewerbs- oder Machtdruck zu begründen war, so stellt sich jetzt die Frage, welches Mittel nunmehr den Beschaffungssektor veranlassen könnte, die für sich aufgrund des Machtdrucks noch erlangten Vorteile mit anderen zu teilen. Da sich der Beschaffungssektor zur Erzielung dieser Vorteile konzentriert hätte, stünde er der nachgelagerten Abnehmergruppe zumindest als oligopolistisch strukturierte Marktseite gegenüber. Langfristig müßte deshalb davon ausgegangen werden, daß nur die Bildung weiterer Gegenmacht auf der dem Beschaffungsbereich nachgelagerten Abnehmerseite die Weitergabe der Vorteile durchsetzen könnte. Dieser höchst fragwürdige Prozeß, an dessen Ende sich wie stets der ratlose und schwer organisierbare Konsument befände, zeichnet sich teilweise bereits für die "freiwilligen Einkaufsketten"[1] ab. Dabei wäre gerade bei diesen Ketten die geringste Gefahr in dieser Hinsicht zu vermuten, weil der Einzelhändler als letzte Handelsstufe und Träger dieser Ketten rechtlich selbständig bleibt.[2] Bezüglich der Ketten selbst wird jedoch zu Recht von einem oligopolistischen "Gruppenwettbewerb"[3] gesprochen.

---

1) Vgl. dazu R. Nieschlag, Der moderne Großhandel, in: Der Handel heute, In Memoriam Julius Hirsch, Hrsg. K.Chr. Behrens, Tübingen 1962, S. 113 ff; R. Aegenendt, Die freiwilligen Handelsketten in der Bundesrepublik Deutschland, Ihre wirtschaftspolitische und mittelstandspolitische Bedeutung, Köln-Opladen 1962

2) ca 9o % aller Lebensmitteleinzelhändler waren bereits 1969 organisiert, Die Welt v. 19.1.197o, Nr. 15, S. 14

3) Nieschlag, Dichtl, Hörschgen, Einführung in die Lehre von der Absatzwirtschaft, 3.A., Berlin 197o, S. 3o4, 335

Dieser immerhin noch bestehenden Wettbewerbssituation erwachsen allerdings zwei Gefahren, die letztlich aus der Eigendynamik resultieren, die nach einiger Zeit jede Gruppe bzw. Institution entwickelt. Denn die Existenz der Gruppe, und damit auch die der sie leitenden Personen, ist im Grunde abhängig vom Mitgliederbestand, weil alle Macht aus der Summe dieser Einzelhändler erwächst. Diese Voraussetzung bedarf deshalb einer tendenziellen Verfestigung bis hin zu einer dauerhaften Bindung der Mitglieder. Mit der entsprechenden Bindung schwindet aber die Fluktuationsfähigkeit wie auch der darauf ursprünglich basierende Leistungsdruck. Je enger die Bindung der Einzelhändler an eine bestehende Organisation ist, desto weniger sind sie in der Lage, bei Unzufriedenheit mit dieser Organisation sich neu zu formieren, so daß der Druck auf die Organisation entsprechend abnimmt. Schließlich kommt noch die ohnehin große Anfälligkeit oligopolistischer Strukturen hinzu, sich dem eventuell noch bestehenden Leistungsdruck durch Absprachen zu entziehen.

Zu der Frage nach den marktwirtschaftlich billigenswerten Sachzwängen zwischen Konzentration und Beschaffungsbereich kann deshalb festgestellt werden, daß diese gesamtwirtschaftlich nur ausnahmsweise vorliegen werden. Daß entsprechende Zusammenschlüsse zumindest vorübergehend privatwirtschaftlich vorteilhaft sein können, darf für den Gesetzgeber, der die Marktwirtschaft schützen will, kein wesentlicher Gesichtspunkt sein.[1] Der Wettbewerb soll der Bildung und Aufrechterhaltung von Macht entgegenwirken. Das öffentliche Interesse an solchem Wettbewerb ist deshalb zu groß, als daß die Festlegung der Wettbewerbsbedingungen alleine dem Unternehmenssektor und seinen Interessen überlassen bleiben könnte.[2] Selbst die Zusicherung, die aus Machtdruck erzielten Vorteile weiterzugeben, wäre nicht in der Lage, eine beschaffungsbedingte Konzentration zu rechtfertigen. Eine solche Zusage wäre nicht kontrol-

---

1) Vgl. zur prinzipiellen Nachrangigkeit solcher Gesichtspunkte auch H.C. Nipperdey, a.a.O., S. 198
2) vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 32

lierbar, weil es an Maßstäben zum Nachweis der erlangten Vorteile fehlt. Da es auch nicht möglich ist, den Kausalzusammenhang zwischen einem günstigen Bezug einerseits und ökonomischen Vorteilen oder reinem Machtdruck andererseits auseinanderzuhalten[1], erscheint es angebracht, diese komplexe Problematik nur in dem Umfange auftreten zu lassen, in dem sie sich ohnehin schon im Zuge internen Wachstums zwangsläufig ergibt.[2] Wie z.B. Äußerungen Günthers erkennen lassen, ist die bestehende Praxis des Kartellamtes schon nicht in der Lage, mit dem Problem der Marktbeherrschung fertig zu werden, weil insbesondere die Mosaiktheorie des Kammergerichts die Probleme potenzierte.[3] Denn die marktwirtschaftlichen Unverträglichkeiten treten keineswegs immer so krass zutage wie z.B. bei VW. Dort scheute sich das Werk nicht, seinen Vorlieferern, die höhere Preise ankündigten, mit einem abgezogenen Schreiben in bestem Behördenstil zu antworten, daß das VW-Werk keinen Grund für solche Preiserhöhungen erkennen könne und deshalb auch in Zukunft nach den alten Preisen abrechnen werde.[4] Daß solche Situationen in größerem Umfange existieren und als Wettbewerbsproblem erkannt sind, zeigen deutlich die bereits im Bundeswirtschaftsministerium angestellten Überlegungen. Das Ministerium erkennt zwar grundsätzlich an, daß Abnehmer auf Preise

---

1) So weist Hax darauf hin, daß zahlreiche Großunternehmen viele Materialien in ebenso kleinen Mengen einkaufen wie ihre kleinen Konkurrenten, gleichwohl aber aufgrund ihrer Einkaufsmacht, die möglicherweise nur aus ihrer absoluten Größe resultiert, bessere Preise bekommen als die mittleren und Kleinunternehmen mit vergleichbarem Mengenbezug. Vgl. K. Hax, a.a.O., S. 79

2) "Großhandel, Auf Fusionskurs", Volkswirt 1970, Nr. 27, S. 3

3) WuW/E OLG 813; vgl. auch Beschluß des BGH v. 5.2.68, WuW/E BGH 912; ferner Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, a.a.O., S. 12, für 1970, a.a.O., S. 25

4) vgl. E. Günther, Interview mit "Christ und Welt" v. 13.12. 1970, S. 18; ähnlich die teilweise unverhohlen genannten Fusionsziele bei einigen Touristikzusammenschlüssen: "geballte Nachfragemacht, die souverän über den deutschen Charterflugverkehr und die ausländischen Hotelkapazitäten herrscht.", Volkswirt 1970, Nr. 14, S. 27

Einfluß nehmen dürfen, doch "es gibt dabei irgendwo Grenzen."[1] Solche Grenzen sollen durch eine "Rabatt-Begrenzung à la Robinson-Patman-Act" gewährleistet werden.[2] Gerade in diesem Zusammenhang stellt sich dann aber erneut die Frage, ob es nicht sinnvoller und marktkonformer wäre, die externe Bildung von Macht wirksam zu beschränken anstatt weitere Folgegesetze mit ebenfalls neuen Folgekosten zu konzipieren, die notwendigerweise zu einer Mikrosteuerung des Marktverhaltens führen müssen.

c) Konzentrationsursachen des Absatzbereiches

Die schon dargestellten, aber abnehmenden produktionstechnischen Probleme sind im Zeitablauf durch ständig steigende absatzpolitische Schwierigkeiten ersetzt worden.[3] Dieser Trend von einer produktions- zu einer absatzorientierten Unternehmenspolitik findet seine Ursache sowohl in der technischen Entwicklung als auch der steigenden Wohlfahrt moderner Industriestaaten. Es wurde immer leichter, gewünschte oder ungewünschte Dinge zu produzieren, zugleich aber schwieriger, sie wegen steigenden Überflusses und zunehmender Sättigung auch abzusetzen. Im Zuge dieser Entwicklung mußten und müssen deshalb auch die unternehmerischen Verhaltensweisen über teils angestammte und schon lange betriebene Leistungsprogramme hinauswachsen.[4]

Verfolgen wir nun die Frage nach konzentrationsfördernden Aspekten des Absatzbereiches, so ist zunächst evident, daß von der Größe der Märkte, die im Zuge einer allgemeinen Marktintegration überdies noch wächst, Impulse auf die Unternehmen ausgehen, ihre Betriebe zu vergrößern. Ebenfalls ist verständlich, daß dieser Trend um so stärker sein wird, desto mehr es sich um Güter und Märkte des Massenbedarfs handelt. Empirisch läßt sich

---

1) "Rabattgrenzen", Wirtschaftswoche 1974, Nr. 52/53, S. 1o
2) ibid.
3) vgl. Nieschlag, Dichtl, Hörschgen, a.a.O., S. 44 f, 59 f, 161
4) vgl. H. Schade, Diversifizierung - Instrument der Unternehmenspolitik, marktwirtschaft 197o, Nr. 2, S. 3o ff, 31; Nieschlag u.a., a.a.O., S. 43 ff; K. Hax, a.a.O., S. 81 ff

dafür die Fusionswelle gegen Ende des 19. Jahrhunderts in Amerika anführen, die ursächlich für die heutige oligopolistische Marktstruktur Amerikas ist.[1] Diese Fusionswelle beruhte maßgeblich auf einer Verknüpfung der Regionalmärkte zu einem Kontinentalmarkt durch den damaligen Eisenbahnbau. Allerdings ist man in Amerika auch ziemlich einhellig der Meinung, daß bereits damals die richtige Weichenstellung verpaßt wurde. "Es gibt kaum einen amerikanischen Nationalökonomen, der nicht der Meinung ist, daß es ein Fehler war, die Fusion z.B. der United Steel Corporation zugelassen zu haben."[2]

Nun besteht zunächst keine Veranlassung, auch auf diesem Sektor die so oft geübte Praxis fortzusetzen, amerikanische Entwicklungen unreflektiert zu übernehmen.[3] Außerdem muß für das heutige Europa festgestellt werden, daß eine zusätzliche verkehrsmäßige Erschließung[4] kaum noch in der Lage sein kann, Konzentrationsimpulse solcher Größenordnung auszulösen. Schon die am 1.7.1968 durchgeführte Zollunion hatte keineswegs die Wirkung, die ihr diesbezüglich unterstellt worden war.[5] Die Entwicklung moderner Industrienationen zum Massenkonsum käme deshalb schon eher als Faktor der Konzentration in Betracht. Diese Entwicklung ist in Europa auch nicht sonderlich von weiterer verkehrsmäßiger Erschließung abhängig, weil die europäischen Teilmärkte heutzutage kaum unterversorgt sind. Dies war allerdings bei vielen amerikanischen Regionalmärkten der Fall, so daß dort seinerzeit eine Erweiterung der regionalen

---

1) Vgl. dazu die exemplarischen Ausführungen der Federal Trade Commission hinsichtlich der Stahlindustrie: Reports of the F.T.C. on the Merger Movement, A Summary Report, F.T.C., Washington D.C. 1948, S. 23, 31 ff, 44 ff

2) H.O. Lenel, in: Generaldiskussion zum Thema "Konzentration und Wettbewerb" (J.H. Müller), a.a.O., S. 152

3) vgl. E. Heuß, Die amerikanische Antitrustpolitik im Lichte der Monopolbekämpfung ..., a.a.O., S. 95

4) E. Engel, Die Zukunft der Eisenbahnen und ihre gesellschaftspolitische Bedeutung, Universitas 1974, S. 975 ff, 981 f

5) vgl. zur Prognosebeurteilung auch R. Henzler, Spezialreferat über Konzentration in der Unternehmungssphäre, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd 22, a.a.O., S. 321 ff, 327 f

Marktgrenzen durch die verkehrsmäßige Erschließung mit einer Zunahme des Bedarfs verbunden war, den das einzelne Unternehmen zu befriedigen hatte.

Für heutige Verhältnisse ist es ohnehin eine kaum eindeutig zu beantwortende Frage, ob der Massenkonsum eine autonome Entwicklung ist, der sich im Sinne Günthers die Unternehmungen anzupassen haben, oder ob sich nicht eine Umkehrung vollzogen hat. Mittlerweile sprechen immerhin mehrere Anzeichen dafür, daß Unternehmungen in falscher Einschätzung der Marktprozesse den Großbetrieb konzipieren und dann gezwungen sind, durch den Einsatz eines umfassenden absatzpolitischen Instrumentariums den für ihre Kapazitäten notwendigen Massenkonsum zu kreieren.[1] Dies beruht auf dem Ziel der Unternehmung, ein gewinnbringendes und marktstrategisch einsetzbares Absatzvolumen zu erreichen und auszubauen.[2] Dieser Kampf um den Erfolg als Vorbedingung für die Realisierung der einzelwirtschaftlichen Ziele "Sicherheit und Wachstum"[3] wird aber in einer Konkurrenzwirtschaft vor allem in der Gestalt des Marketing ausgetragen. In diesem Zusammenhang wird ohne weiteres der Einsatz einer unstreitig bedarfsuniformierenden Werbung im Verein mit sonstigen verkaufsorganisatorischen Anstrengungen verständlich, die unmittelbar die Marktgröße der Unternehmung beeinflussen sollen.[4] Diese strategischen Größen sollen deshalb auch herangezogen werden, um die Problematik absatzfördernder Konzentration zu skizzieren.

---

1) Klassisches Beispiel ist Ford mit seiner "Tin Lizzy"; vgl. auch Nieschlag u.a., a.a.O., S. 62; eine klare Stellungnahme in diesem Sinne auch durch die Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1971, a.a.O., S. IV

2) Nieschlag u.a., a.a.O., S. 6o f m.w.N.

3) R. Nieschlag, Unternehmung und Eigentümer, Der Österreichische Betriebswirt 1965, Bd XV, S. 121 ff, 122

4) T. Scitovsky, Economic Theory and Western European Integration, London 1958, S. 11o ff; vgl. zu gesamtwirtschaftlichen Aspekten dieser Möglichkeiten auch S. Fabricant, Study of the Size and Efficiency of the American Economy, in: E.A.G. Robinson (Ed.), Economic Consequences of the Size of Nations, I.E.A., London 196o, S. 35 ff; C. Clark, The Conditions of Economic Progress, 3.A., London 1957

Dabei besteht das eigentliche Problem darin, inwieweit die Behauptung zutrifft, daß das Marketing ein "konstituierendes Merkmal der Sozialen Marktwirtschaft"[1] ist und es vor allem auch im Zeitablauf bleibt. Es ist die Frage, ob Marketing nichts anderes bedeutet, als der Gesellschaft zu einem bestimmten Lebensstandard und zu Wohlstand zu verhelfen.[2] Zweifel bestehen deshalb, weil gerade in der neueren Zeit die konzentrationfördernden Gesichtspunkte des Absatzbereiches erneut nachgewiesen worden sind. So bestätigen einige amerikanische Autoren[3] für einen jüngeren Zeitraum die bereits von Bain[4] für frühere Zeiten getroffene Aussage, wonach absatzpolitische Produktdifferenzierung und Konzentration positiv korreliert sind. Sie wenden sich damit zugleich gegen eine These Telser's[5], der eine Beziehung zwischen Werbung und Konzentration für unbedeutend hält.

ca) Einzelwirtschaftliche Aspekte der Werbung

Mithin ist es angebracht, die Ursachen der Konzentration aus dem Absatzbereich weniger in einer exzessiven Nachfragesteigerung zu sehen als vielmehr in gewissen Vorteilen zentralisierter Marktbeeinflussung. Hierbei spielt die Werbung als die wohl bekannteste und bedeutendste aktive Verkaufsanstrengung eine besondere Rolle. Sie wird dabei gerne als Sprachrohr des Marketing, als die Sprache der Unternehmungen und der Produkte bezeichnet, und als Aufgabe wird ihr die Ver-

---

1) Nieschlag u.a., a.a.O., S. 62
2) so z.B. P. Mazur, Does Distribution Cost Enough?, Fortune 1947, Nr. 11, S. 137 ff, 138; Nieschlag u.a., a.a.O., S. 62
3) H.M. Mann, J.A. Henning, J.W. Mechan Jr., Advertising and Concentration: An Empirical Investigation, The Journal of Industrial Economics 1967/68, Vol. XVI, S. 34 ff
4) J.S. Bain, Industrial Organization, New York 1959, S. 236; ähnlich P.K. Else, The Incidence of Advertising in Manufacturing Industries Oxford Economic Papers, March 1966, S. 88 ff
5) L.G. Telser, Advertising and Competition, The Journal of Political Economy, Dec. 1964, S. 537 ff, 554

mittlung von Informationen zugewiesen.[1] Parallel dazu wird oft die Figur des souveränen Konsumenten in den Vordergrund gestellt, um zugleich die relative Ohnmacht der Werbung zu demonstrieren.[2] Da jedoch andererseits in Lehrbüchern und sonstigen Abhandlungen eingeräumt wird, daß jede Information gleichzeitig auch Bestandteil einer beabsichtigten Motivation ist[3], bestehen offensichtlich erheblich größere Probleme als zunächst zugegeben wird. Sie lassen sich in diesem Bereich etwa dahingehend zusammenfassen, daß es um das Problem des Absatzinteresses auf der Unternehmerseite und des Individualschutzes auf der Konsumentenseite geht. Diese Problematik hat bei genauerer Betrachtung weitreichende Konsequenzen in einer Zeit der Massengesellschaft. Diese Zeit ist gekennzeichnet von Statusunsicherheit und vor allem Statusunsichtbarkeit. Sie hat deshalb den demonstrativen Konsum zum Auszeichnungsmerkmal erhoben.[4] Dieses Bedürfnis der Individualisierung ist teilweise mit dem menschlichen Konkurrenzbewußtsein verbunden, das die Fremdachtung zu einer dominanten Quelle der persönlichen Genugtuung macht. Doch es erheben sich immer mehr Stimmen, die dafür plädieren, diesen Drang zur Aufwandskonkurrenz zu entschärfen.[5] Veranlassung zu dieser Forderung besteht in zunehmendem Maße vor allem deshalb, weil eine gleichbleibende Intensität dieser Aufwandskonkurrenz zu einer zunehmenden Unzufriedenheit führen muß. Die Hebung des Wohlstandes ist nämlich für sich nicht in der Lage, die erstrebte höhere subjek-

---

1) Vgl. Nieschlag u.a., a.a.O., S. 124
2) ibid., S. 128; W. Kroeber-Riel, Erotik verführt zum Kauf, Wirtschaftswoche 1974, Nr. 52/53, S. 5o ff, 5o
3) vgl. Nieschlag u.a., a.a.O., S. 128; Wirtschaftswoche 1974, Nr. 19, S. 2o ff: Wird der Verbraucher manipuliert?, Teil I, Teil II, ibid., Nr. 2o, S. 7o ff; W. Kroeber-Riel, a.a.O., S. 5o f; derselbe, Man möchte manipulieren, aber nicht in den Ruf der Manipulation kommen, Wirtschaftswoche 1974, Nr. 19, S. 26
4) vgl. dazu schon grundlegend Th. Veblen, The Theory of the Leisure Class, aus dem Amerikanischen von P.v.Haselberg u. S. Heintz, dtv, München 1971
5) vgl. E. Küng, Wettbewerb, Konsum und Wohlfahrt - Neuorientierung der Leistungsgesellschaft?, Universitas 1974, S. 513 ff, 514; K. Ganser, Freizeit, Konsumzeit und Umweltprobleme, Universitas 1973, S. 55 ff, 57 f

tive Wohlfahrt zu gewährleisten, solange Konsum-Leitbilder ständig neue Standards und Ansprüche kreieren. Die "Bedürfnisspirale" dreht sich lediglich weiter. Gerade dies scheint aber in einer Zeit zunehmender Wachstumsgrenzen schon ein Problem in sich zu sein. Vor allem zunehmende Einsicht in diese Zusammenhänge kann in Form subjektiver Bescheidenheit sowohl das Problem der persönlichen Unzufriedenheit und Konsumabhängigkeit als auch das der Wachstumsgrenzen entschärfen. Die Erreichung dieser Ziele setzt voraus, daß zunächst die Werbung in ihrer begehrssteigernden Intention eingedämmt wird.

Diesbezügliche Forderungen können sich durchaus auf reale Sachzusammenhänge stützen und bedürfen weit größerer Beachtung als rein ideologische Kampagnen gegen die Werbung. Soweit deshalb Beschränkungen der Werbung und ihrer Auswirkungen gefordert werden, stellt sich vor allem zugunsten der Fusionskontrolle die Frage, ob sie nicht durch Verhinderung weiterer Machtstrukturen die Zunahme der Werbemacht und deren betriebswirtschaftliche Notwendigkeit einschränken kann und sollte. Denn Werbemacht im genannten Sinne wächst sowohl mit der Abnahme konkurrierender Werbung, die die Eindrücke wechselseitig verblassen läßt, als auch mit der Zunahme finanzieller Potenz. Beide Aspekte sind aber mit zunehmender Konzentration korreliert, so daß die genannten empirischen Untersuchungen gedanklich nur bestätigt sind.

Eine Fusionskontrolle wäre bei Anerkennung dieser gesellschaftlichen Zusammenhänge demnach besonders marktkonform, weil sie durch Verhinderung externen Wachstums die Ursache dieser mißliebigen Entwicklung weitgehend eindämmen könnte. Gleichzeitig würden kumulative Prozesse in Form sonst anschließend geforderter wettbewerbsreglementierender Verordnungen, wie sie schon heute teilweise verlangt werden, zum größten Teil überflüssig.[1)]

---

1) Vgl. Kroeber-Riel, Erotik ..., a.a.O., S. 52; Wird der Verbraucher manipuliert?, Teil I, a.a.O., S. 23; Gutachten des Sachverständigenrats 1974, BT-Drucks. VII/2848, S. 142, Nr. 354

cb) Gesamtwirtschaftliche Aspekte der Werbung

Die aus den bisherigen Überlegungen der Fusionskontrolle zugeschriebenen positiven Folgen hätten jedoch eventuell keine durchschlagende Wirkung, wenn die der Werbung zugeschriebenen gesamtwirtschaftlichen Aspekte größeres Gewicht hätten. Gesamtwirtschaftlich wird der Werbung eine Förderung des Wirtschaftswachstums bei zunehmender Zahl von Arbeitsplätzen, die Schaffung von Massenmärkten mit Massenproduktion, die Finanzierung einer Vielzahl von Presseerzeugnissen mit zunehmendem Meinungspluralismus und schließlich die Vorbereitung billigerer Verkaufsmethoden usw. zugewiesen.[1)]

Da eine Fusionskontrolle die Werbung nicht ausschaltet, sondern nur ihren progressiven Einsatz durch externes Wachstum verhindert, sind Wachstumsbeschränkungen nicht zu befürchten. Überdies sieht das Wachstumsargument nur den Konsumgütersektor, den die Werbung beeinflussen will.[2)] Wachstum kann aber auch durch eine Zunahme von Infrastruktur- und Bildungsinvestitionen gewährleistet werden. Aus der Sicht derer, die gerade in diesen Bereichen den größeren Nachholbedarf sehen, wäre deshalb eine nicht zunehmende Werbemacht besonders zu begrüßen. Was die Schaffung von Massenmärkten angeht, so ist kein Ansatz zu erkennen, inwieweit der weitere Ausbau der Massenproduktion und -märkte absatzpolitisch nicht auch durch internes Wachstum realisierbar wäre. Vor allem die Vergangenheit zeigt, daß Fusionen in aller Regel Märkte betreffen, die sich in der Ausreifungs- oder sogar in der Rückbildungsphase befinden.[3)] Die Vorteile der economies of scale sind dann aber schon weitgehend durch internes Wachstum realisiert worden, und die vorhandenen Größenordnungen sind auch absatzpolitisch ausreichend.[4)] Was die Finanzierung einer Vielzahl von Presse-

---

1) J. Backmann, Ist Werbung Verschwendung?, Wirtschaftsdienst 1968, S. 664 ff
2) vgl. E. Hoppmann, Wirtschaftliches Wachstum und das "Gesetz steigender Handelsspannen", Wirtschaftsdienst 1955, S. 321 ff
3) vgl. zu den Phasen E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, Zürich 1965, S. 14 ff
4) beispielhaft dafür sind die in jüngerer Zeit stark fusionierenden Brauerei-, Stahl-, Papiermärkte.

erzeugnissen angeht, durch die eine pluralistische Meinungsbildung gefördert werden soll, so muß schon von einem Scheinargument gesprochen werden. Alle Werbemittel stehen als Einsatzparameter rational vorgehender Unternehmer unter dem Vorbehalt einer immer mehr ausgebauten und zunehmenden Erfolgskontrolle.[1] Daraus folgt, daß Werbung nur in Medien eingesetzt wird, die die jeweils avisierten Zielgruppen ansprechen und damit höchsten Erfolg garantieren.[2] Schon aus diesem Grunde verbietet sich für die Unternehmung ein Gießkannenprinzip, so daß sich Werbeaufwendungen besonders stark auf wenige Presseerzeugnisse konzentrieren. Außerdem ist bekannt, daß entsprechend große Werbeetats, die teilweise Existenzgrundlage der Presse geworden sind, meinungsbildend eingesetzt werden. Eine zunehmende Konzentration und Bindung des Werbeaufkommens in noch weniger Händen könnte nur zu einer Verschlechterung der Situation führen. So kommt es auch nicht von ungefähr, daß gerade Presseerzeugnisse, die auf ihre Objektivität Wert legen, zugleich auch auf ihre werbewirtschaftliche Unabhängigkeit hinweisen.[3]

Sicherlich ist es richtig, daß progressiv steigender Werbeeinfluß die Förderung neuer Verkaufsmethoden und auch den reibungslosen Absatz der Massenproduktionen mit sich brachte. Neben diesen Vorteilen sollten jedoch auch die wettbewerbsmindernden Effekte der Werbung beachtet werden. So zeigen gerade oligopolistische Märkte homogener Massengüter wie beispielsweise der Benzinmarkt, daß aller wettbewerblicher Elan in abstrakte Werbeaussagen gewichen ist. Diese verhalten sich aber, soweit sie überhaupt Sachaussagen treffen, nur über Produktvorzüge, die der einzelne nicht nachzuprüfen vermag. Die-

---

1) F. Jaspert, Methoden zur Erforschung der Werbewirkung, Stuttgart 1963; P.W. Meyer, Die Werbeerfolgskontrolle, Düsseldorf-Wien 1963; St.H. Britt, D.B. Lucas, Die Messung der Werbewirkung, Essen 1966

2) vgl. "Zielgruppe 45", Volkswirt 1970, Nr. 20, S. 14; R. Seyffert, Werbelehre, Theorie und Praxis der Werbung, 2 Bde, Stuttgart 1966, Bd 1, S. 239; Nieschlag u.a., a.a.O., S. 132

3) vgl. "Stiftung Warentest", die auf der Titelseite auf ihr "Anzeigenfrei" hinweist; vgl. auch Minister Friderichs, "Stiftung Warentest im Aufwind", in: "test" 1975, Nr. 1, S. 3

ser Umstand kennzeichnet die Gefahr, daß der eigentliche Sinn der Produktion, nämlich immer bessere Güter zur Bedürfnisbefriedigung herzustellen, in seiner Kreativität nachläßt und sich auf den Ersatzwettbewerb im Werbebereich verlagert. Die damit verbundene außerordentliche Größe der Werbeetats[1] beinhaltet aber zugleich eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne einer Marktausschließung bzw. -zutrittsbeschränkung.[2]

Für eine Beurteilung des Problems sollte deshalb von folgenden Bedingtheiten ausgegangen werden. Zweifellos sind im verbundenen Markt Werbemaßnahmen in Form der Anzeigen-, Rundfunk- oder Fernsehwerbung geboten. Denn in solchen Märkten reichen die persönlichen Werbemittel, die in einem regionalen Markt noch genügen können, nicht aus. Umfassendere Werbung verlangt jedoch größeres finanzielles Engagement[3] und dieses eine gewisse Größenordnung, die zumeist mit einem entsprechenden Absatzvolumen verbunden ist. Bekannt ist auch die Tatsache, daß Großunternehmen bei einmaligen Werbeaufwendungen teure Spezialisten heranziehen können, deren Kosten aufgrund größerer Absatzmengen nur einen degressiven Verlauf haben.[4] Zugleich sollte aber auch berücksichtigt werden, daß gerade für überregionale oder gar internationale Märkte immer mehr die Messen Werbefunktionen übernehmen.[5] Eine überwiegende Rolle

---

1) Z.B. bei Waschmitteln, Zigaretten usw. vgl. Nieschlag u.a., a.a.O., S. 128
2) so selbst Nieschlag u.a., a.a.O., S. 129
3) vgl. J.S. Bain, Barriers to New Competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge (Mass.) 1956, S. 65; derselbe, Advantages of the Large Firm: Production, Distribution and Sales Promotion, The Journal of Marketing 1956, S. 336 ff; Reprinted in: Harvey J. Levin, (Ed.), Business Organization and Public Policy, New York 1956, S. 160 ff, 161; E. Sundhoff, Über die Beziehungen zwischen Marktform und Werbung, in: Betriebsökonomisierung, Festschrift für R. Seuffert, Köln-Opladen 1958, S. 55 ff; K. Steuben, Werbung und Wohlstand, Zürich-St. Gallen 1958, S. 24 ff
4) vgl. K. Hax, a.a.O., S. 82 f
5) vgl. K. Hattemer, Die verschwendete Milliarde, Wirtschaftswoche 1975, Nr. 16, S. 36

spielen sie sogar schon im Anlagegüterbereich.[1] Für eine international noch nicht eingeführte Branche käme außerdem die Form einer Gemeinschaftswerbung in Betracht, um die besonders hohen Markteindringungskosten in vertretbaren Grenzen zu halten. Denn der Markenartikel, auf den die Aussagen über Werbungskosten zumeist bezogen werden[2], ist in aller Regel nur das Fernziel eines Markteindringungsprozesses, dessen Kosten um so progressiver verlaufen, desto konzentrierter die Konkurrenz ist[3], und desto größer der zusätzliche Absatz sein soll.[4] Abgesehen von den genannten Aspekten subjektiver Unzufriedenheit der Konsumenten wird in den Argumenten der werbenden Industrie teilweise übersehen, daß die Nachfrageentwicklung zu einer zunehmenden Bedarfsdifferenzierung tendiert. Dieser Prozeß basiert auf steigenden Realeinkommen sowie dem Hang zu einer "individuellen Kultivierung der Lebensführung"[5]. Er beinhaltet deshalb eine Abkehr vom Massenkonsum, weil existenzielle Bedürfnisse zumeist zufriedengestellt sind. Demnach werden wachsende Einkommensteile für Wünsche verfügbar, deren Realisierung mehr durch psychische Faktoren bestimmt ist.[6] Unter solchen Aspekten wird aber der originäre Sinngehalt der Werbung, nämlich der einer Kundenfindung und -bindung, zunehmend fragwürdig, weil durch einen Werbungswettbewerb die psychische Labilität der Nachfrage nur verstärkt würde.[7]

---

1) Vgl. J. Hietzig, "Made in Germany" in Gefahr, marktwirtschaft 1970, Nr. 8, S. 26
2) K. Hax, a.a.O., S. 83
3) J.S. Bain, Barriers ..., a.a.O., S. 53 ff
4) K. Hax, a.a.O., S. 83
5) P. Meyer-Dohm, Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung, Freiburg/i.Br 1965, S. 187 ff m.w.N.; derselbe, Der private Haushalt im Prozeß der Bedarfsdifferenzierung, in: Strukturwandlungen einer wachsenden Wirtschaft, Bd I, hrsg. v. F. Neumark, VfS, N.F., Bd 30/I, Berlin 1964, S. 67 ff
6) vgl. grundsätzlich zum Problem Th. Veblen, Theorie der feinen Leute ..., a.a.O., S. 33 ff; G. Katona, The Powerful Consumer, Psychological Studies of the American Economy, New York-Toronto-London 1960
7) vgl. W. Wittmann, Spezialreferat "Konzentration in der Betriebssphäre", in: Die Konzentration ..., Bd 22, a.a.O., S. 267 ff, 278

Wenn auch die Werbung keineswegs insgesamt zu verurteilen ist, so besteht doch aus den angestellten Überlegungen ebenfalls keine Veranlassung, eine Fusionskontrolle nicht zuzulassen. Über Fusionen könnte die Werbung, die hier nur beispielhaft herausgestellt wurde, ebenso wie jedes andere absatzpolitische Mittel progressiv zunehmend und verstärkt eingesetzt werden. Bei allen schon im jetzigen Stadium vorzutragenden Bedenken gegen werbungsbedingte Einflüsse und Folgen käme dann noch die konkrete Gefahr hinzu, daß u.a. das dominante gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ordnungselement Wettbewerb durch die Werbemacht außer Kraft gesetzt würde. Die Verhinderung solcher Folgen durch Unterbindung entsprechender Fusionen muß deshalb als marktkonformere Maßnahme gelten als die Zulassung solcher Prozesse und die spätere zumeist unvollkommene Reglementierung der Prozeßfolgen.

d) Konzentration und Finanzierung

Innerhalb der einzelwirtschaftlichen Konzentrationsursachen kommt dem Finanzierungsbereich aus der Perspektive der Unternehmung neben dem Absatzbereich eine besondere Bedeutung zu. Dies gilt sowohl hinsichtlich der zu unterscheidenden Innen- als auch Außenfinanzierung.[1] Dabei hat die Innenfinanzierung für kleinere und mittlere Unternehmen einen besonderen Stellenwert. Bei der üblichen Größe solcher Einzelunternehmen, Personalgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung kommt eine Finanzierung beispielsweise über Anleihen und Schuldscheindarlehen als sogenannte Außenfinanzierung kaum in Betracht. So mußte schon in der Konzentrationsenquête des Jahres 1964 festgestellt werden, daß die in der Zeit von 1954 bis 1961 emittierten Anleihen in der Regel mehr als 3o Millionen DM betrugen und von Großunternehmen aufgelegt wurden. Le-

1) Vgl. zu den Arten H. Vormbaum, Finanzierung der Betriebe, Wiesbaden 1964, S. 17 ff; K. Hax, Art. "Finanzwirtschaft (Die langfristigen Finanzdispositionen)", in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd I, Köln-Opladen 1958, S. 453 ff, 471

diglich eine Ausnahme in Höhe von o,6 Millionen DM wurde bekannt.[1] Diese Situation der Außenfinanzierung hat sich für die genannten Unternehmensbereiche noch nicht grundlegend verändert.[2] Auch die Versicherungswirtschaft hat diese Schwierigkeiten der Außenfinanzierung nicht gemildert, sondern ebenfalls bevorzugt und überwiegend Darlehen an Großunternehmen vergeben. Selbst der Bankensektor war schließlich immer mehr vom Personal- zum Realkredit übergegangen, so daß kleineren Unternehmen und newcomers häufig nicht genügend Kredite zur Verfügung standen. Gerade bei der Beurteilung dieses Bankensektors darf auch nicht verkannt werden, daß er wegen seiner umfangreichen Verflechtungen zum "big business"[3] zu Auslesegesichtspunkten neigen kann, die mit reinen Bankgeschäften nichts mehr zu tun haben.[4]

Die kleineren und mittleren Unternehmen waren deshalb überwiegend auf die Selbstfinanzierung angewiesen.[5] Doch auch auf diesem Sektor sehen sie sich besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt. Gehen wir zunächst von der Hereinnahme zusätzlichen Eigenkapitals aus, so liegt es schon auf der Hand, daß die im relevanten Unternehmensbereich vorherrschenden Rechtsformen bereits viele Nachteile implizieren.[6] Nur der geringste Teil dieser Unternehmen wird in der Rechtsform einer AG geführt[7], so daß eine Erweiterung des Eigenkapitals durch junge Aktien weitgehend entfällt. Bleibt aber nur noch der Kreis der vorhandenen Gesellschafter oder die Aufnahme neuer

---

1) Vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 22
2) vgl. Jahresgutachten des Sachverständigenrats für 1972, a.a.O., Nr. 239 ff, für 1974, a.a.O., Nr. 186 ff; ferner Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung für 1971, a.a.O., Nr. 96 ff; "Die Zinsen drücken den Mittelstand", Die Welt v. 3.3.1974, Nr. 61, S. 9
3) Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 36 ff
4) vgl. E. Sohmen, Wettbewerb, Konzentration und ökonomische Effizienz, ORDO 1969, Bd XX, S. 123 ff, 148 f; J.H. Müller, Konzentration und Wettbewerb, a.a.O., S. 12o; W. Krelle, Generaldiskussion, a.a.O., S. 46 f
5) vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 22
6) vgl. zum Problem der Wettbewerbs- und Konzentrationsneutralität des Gesellschaftsrechts auch E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 88, Anm. 1o4
7) vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 22

Partner, so treten die Probleme dieser Unternehmensbereiche klar zutage. Sie bestehen nicht nur in der Enge des Kreises interessierter und potenter Anleger, sondern auch in einem höheren Grad an Risiken, der mit solchen Anlagen verbunden ist. Das finanzielle Engagement, das von den wenigen in Betracht kommenden Gesellschaftern zu bewältigen ist, ist auf den einzelnen bezogen grundsätzlich erheblich größer als bei sonstigen Anlagen. Damit sinkt die Möglichkeit, finanzielle Beteiligungen unter Gesichtspunkten der Risikostreuung breiter zu verteilen. Außerdem macht sich negativ bemerkbar, daß entsprechende Beteiligungen mangels Fungibilität grundsätzlich weniger attraktiv sind als z.B. gleich große Anlagen in Aktien.

Wenn aber den kleinen und mittleren Unternehmen auch diese Art der Selbstfinanzierung weitgehend verbaut ist, so bleibt zumeist nur die Selbstfinanzierung in Form einer Gewinnthesaurierung. Auch hier wird von den betroffenen Unternehmen jedoch eine Benachteiligung gegenüber Großunternehmen geltend gemacht. Es wird behauptet, daß den kleineren Unternehmen die Gewinnansammlung durch die Einkommenssteuer und die notwendigen Entnahmen zur Lebensführung stärker beschnitten würde.[1] Allerdings bestehen gewisse Zweifel an der Richtigkeit dieser These, weil im Großunternehmensbereich völlig analoge Sachverhalte über die Körperschaftssteuer und die Gewinnausschüttung gegeben sind. Empirische Untersuchungen in den USA haben auch nachgewiesen, daß Großunternehmen keine relativ höheren Gewinne als die Klein- und Mittelunternehmen erwirtschaften.[2] Zuzugeben ist allerdings, daß Großunternehmen häufig höhere Finanzgewinne aufweisen, die in Form von Differenzgewinnen, besser

---

1) Vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 22

2) vgl. die empirischen Ergebnisse bei J.S. Bain, Relation of Profitrate to Industry Concentration: American Manufacturing 1936-40, The Quarterly Journal of Economics 1951, Vol. 65, S. 293 ff; ähnlich auch W.L. Crum, Corporate Size and Earning Power, Cambridge (Mass.) 1939; a.A. W.J. Beaumol, Business Behavior, Value and Growth, New York 1959, S. 33 ff

zu gestaltenden Anlageabschreibungen und durch wirksamere Kapitalfreisetzungs- und Kapazitätserweiterungseffekte auftreten.[1] Dabei werden vor allem diese Finanzgewinne häufig wieder für Beteiligungen und sonstige Konzentrationsvorhaben eingesetzt.[2]

Die auf jeden Fall negative Ausgangslage zwingt aber die kleineren Unternehmen, ihr möglichst entgegenzuwirken. Soweit sie deshalb die Gewinnthesaurierung als Strategie betreiben wollen, besteht für sie ein Bedürfnis nach höheren Erlösen und niedrigeren Kosten. Da die Kosten jedoch in größtem Umfange drittbestimmt sind, besteht faktisch nur die Möglichkeit, in jeder Marktlage den höchst zulässigen Marktpreis zu fordern, um so die Selbstfinanzierungskraft zu stärken. Soweit dieser Absicht ein starker Wettbewerb am Markt entgegensteht, wird der Trend zur Wettbewerbsreduzierung bei rationalem Vorgehen für all die nicht von der Hand zu weisen sein, die sich in der gleichen Situation befinden. Den insofern Beteiligten eröffnen sich dann insbesondere Formen der Kooperation bis hin zum Zusammenschluß. Ebenso ist allerdings auch ein Verdrängungswettbewerb denkbar, der dann zumeist von der Vorstellung getragen wird, die eigene Marktmacht zu steigern. Beide Tendenzen sind aber nicht nur aus der Perspektive bestehender Wettbewerbsvorstellung problematisch. Vielmehr offenbart sich auch in solchen Finanzierungsstrategien erneut die Diskrepanz zwischen einzelwirtschaftlicher und gesamtwirtschaftlicher Vorteilhaftigkeit.

Jede Stärkung der Selbstfinanzierung auf diese Art, die überdies, wenn auch ohne finanzierungsbedingte Notwendigkeit, ebenfalls von den Großunternehmen praktiziert wird, stellt sich als ein Akt des Zwangssparens auf der Seite der Konsumenten dar. Da ein solches Zwangssparen zu einer einseitigen Vermögensverteilung zugunsten des Unternehmenssektors führt, muß inm in einer sozialen Marktwirtschaft entgegengewirkt

---

1) Vgl. K. Hax, Betriebswirtschaftliche ..., a.a.O., S. 88 f
2) vgl. R. Henzler, Konzentrationsprobleme ..., a.a.O., S. 328

werden. Die Verhinderung solcher Umverteilungsprozesse ist um so gerechtfertigter, desto funktionsfähiger die Kapitalmärkte hochentwickelter Industriewirtschaften sind. Denn so hohe Selbstfinanzierungsvolumina[1], wie sie z.B. noch 1945 notwendig und geboten waren, führen auf lange Sicht zu unerwünschten Kapitalfehlleitungen. Solche Finanzierungsprozesse über hohe Preise müßten auch zwangsläufig die Sparfähigkeit der Konsumenten herabsetzen, so daß mit einer Verringerung des Kreditvolumens und folglich einer tendenziellen Austrocknung des Kapitalmarktes zu rechnen wäre. Ohne einen funktionierenden Kapitalmarkt wäre aber auch jeglicher Marktzutritt mit noch größeren Schwierigkeiten verbunden, so daß überdies eine Erstarrung einmal aufgebauter Produktions- und Handelsstrukturen zu erwarten wäre. Die aus der Selbstfinanzierung als einzelwirtschaftlich gebotener Maßnahme resultierenden gesamtwirtschaftlichen Nachteile sind demnach von großer Bedeutung.[2]

Allerdings darf nicht verkannt werden, daß tatsächlich für den Sektor der kleineren und mittleren Unternehmen durchaus besondere Konzentrationsanreize aus dem Finanzierungsbereich erwachsen. Bei der Abwägung einzel- und gesamtwirtschaftlicher Gesichtspunkte ist auch nicht ohne weiteres festzustellen, daß die gesamtwirtschaftlichen Nachteile größer sind als die angestrebten einzelwirtschaftlichen Vorteile, die letztlich in der Erhaltung der unternehmerischen Existenz bestehen. Denn würden diese Umstände und Sachzwänge zum Nachteil des Mittelstandes nicht abgebaut und lediglich eine Fu-

---

1) Vgl. Zahlenmaterial bei Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 1960, S. 57; ferner E. Grochla, Art. "Finanzierung", in: HdSW, Bd 3, S. 604 ff, 611

2) vgl. zur Problematik G. Schmölders, Volkswirtschaftliche Probleme der sogenannten Selbstfinanzierung, in: Moderne Investitionsfinanzierung, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen der Westdeutschen Finanzierungsgesellschaft m.b.H., Essen 1959, S. 15 ff; J. Robinson, Doktrinen der Wirtschaftswissenschaft, Eine Auseinandersetzung mit ihren Grundgedanken und Ideologien, München 1965, S. 171 f; H. Vormbaum, a.a.O., S. 100 ff; M. Lohmann, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 4.A., Tübingen 1964, S. 186 f

sionskontrolle eingeführt, so müßte ein weiterer Schwund des Mittelstandes befürchtet werden. Der Konzentrationsprozeß in der Spitze der Großunternehmen würde nur beschleunigt, da sie die Marktanteile der aus Finanzierungsgesichtspunkten nicht mehr konkurrenzfähigen Mittelstandsunternehmen auf sich vereinigen würden. Aus dieser Besorgnis heraus wird auch verständlich, daß teilweise gerade für eine stärkere Selbstfinanzierungskraft der kleinen und mittleren Unternehmen plädiert wird. Danach sollen sie als Ausgleich für ihre schwierigere Stellung gegenüber den Großen der Branche zur normalen Produktionserweiterung aus Gewinnen und Rationalisierungseffekten befähigt werden. Hingegen werden die Großen auf den Wertpapiermarkt und dessen Surrogate verwiesen, die ohnehin nur wenigen Hundert Großemittenten offenstehen.[1)]

Doch aus dieser Gesichtspunkt kann das Dilemma nicht lösen, weil gerade ein angestrebter scharfer Wettbewerb des Mittelstandes mit Großunternehmen dem Mittelstand nicht soviel mehr an Gewinnen belassen kann, daß die ansonsten schlechtere Finanzierungssituation damit aufgewogen wäre. Der Abbau dieser mißlichen Situation sollte deshalb nicht über weitere Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Absatzmarkt, sondern durch eine unmittelbare Verbesserung der Finanzierungssituationen für die betroffenen Unternehmen vorangetrieben werden. In diesem speziellen Falle ist demnach der Staat besonders berufen, neue wettbewerbliche Ansatzpunkte zu schaffen.[2)] Einen insoweit wesentlichen, wenn auch noch ungenügenden Impuls hat er bereits durch das 197o zum erstenmal vorgesehene Programm zur Förderung von Kapitalbeteiligungen an kleinen und mittleren Unternehmen geschaffen.[3)] Diese Ansätze müßten jedoch noch erheblich ausgeweitet werden. Aus denselben Erwägungen, wie sie

---

1) Vgl. Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung für 1973, BT-Drucks. VII/225, Nr. 4o; für 1974, BT-Drucks. VII/1646, Nr. 42; für 1975, BT-Drucks. VII/3197, Nr. 4o; "ERP-Förderung für den Mittelstand", Die Welt v. 3.2.1975, Nr. 28, S. 9; H. Vormbaum, a.a.O., S. 1oo ff; M. Lohmann, a.a.O., S. 186 f

2) diese werden mit der "Industriekreditbank", der "Kreditanstalt für Wiederaufbau" und Teilen des ERP-Vermögens teilweise schon wahrgenommen. Vgl. R. Krengel, Generaldiskussion, a.a.O., S. 1o4

3) vgl. im einzelnen Jahreswirtschaftsbericht 1971, a.a.O., Nr. 97

hier angestellt wurden, schlägt auch Bain für Amerika, das die gleichen Probleme kennt, "government measures to ease the supply of capital to new firms - via loan insurance, extra-fast depreciation write-offs for tax purposes, etc."[1] vor.

Unter den bezeichneten Umständen ist demnach eine Fusionskontrolle nur dann marktkonform, wenn zugleich die Wettbewerbsfähigkeit der benachteiligten Unternehmen durch günstigere Finanzierungsbedingungen gestärkt wird. Entsprechende Hilfen hätten nicht nur eine Aufhebung der strukturellen Marktnachteile zur Folge, sondern wären als wettbewerbsstützende Maßnahmen neben der Fusionskontrolle ohne negative Folgeprozesse in das Marktsystem integrierbar.

2. Gesamtwirtschaftliche Ursachen

Wenn die Überlegungen zu einzelwirtschaftlichen Konzentrationsursachen erkennen lassen, daß ihre Auswirkungen auf einen Konzentrationsprozeß im Einzelfall nur schwer nachzuweisen sind[2], so gilt dies nicht in entsprechendem Maße auch für gesamtwirtschaftliche Ursachen. Außerdem besteht der Vorteil, daß in einer Zeit der bejahten "Globalsteuerung" gesamtwirtschaftliche Konzentrationsimpulse auch politisch verhältnismäßig leicht regulierbar sein müssen.

Als bedeutendster gesamtwirtschaftlicher Impuls kommt zunächst ein oft behaupteter Zusammenhang zwischen gesamt- und einzelwirtschaftlicher Entwicklung in Betracht. Dazu wird die These aufgestellt, daß Depressionen und Stagnationen innerhalb der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung die Konzentration beschleunigen.[3] Diese Ansicht entspricht in etwa der schon früh von Schmalenbach entwickelten These, daß die hohen fixen Kosten moderner Großbetriebe entweder zu ruinöser Konkurrenz oder zur Kartellierung führen müßten.[4] Allerdings sind solche zumeist

---

1) J.S. Bain, Barriers ..., a.a.O., S. 215/216; J.H. Müller, Spezialdiskussion, a.a.O., S. 312 f
2) vgl. Konzentrationsenquête, Stellungnahme der Bundesregierung, a.a.O., S. 93
3) vgl. H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 218 ff, 154 ff
4) E. Schmalenbach, Der freien Wirtschaft zum Gedächtnis, 3. erw. u. verb. A., bearb. v. R. Bauer, Köln-Opladen 1958, S. 96 ff

nicht verifizierten Ansätze, die auch für den amerikanischen Bereich gewählt wurden, stets bestritten worden.[1)]

Auch für die Bundesrepublik bestehen erhebliche Bedenken, die in jüngerer Zeit aufgetretenen Fusionen aus solchen gesamtwirtschaftlichen Perspektiven zu begründen. Immerhin liegt die bisher größte Fusionswelle in den Boomjahren 1969/70.[2)] Während 1966 lediglich 12 und in den Rezessionsjahren 1967/68 2o bzw. 16 "große Zusammenschlüsse"[3)] festgestellt wurden, waren es 1969 61 und 1970 immerhin 95 solcher Fusionen.[4)] Gegenüber dem dreijährigen Mittel von 16 Fällen in den Jahren 1966 bis 1968 hat sich demnach die Konzentration im Jahre 1969 um 37o % und 1970 um fast 6oo % erhöht. Hingegen nahm die absolute Zahl der Zusammenschlüsse von 3o5 Fällen im Jahre 197o auf 22o Fälle des Jahres 1971 ab. Auch die Zahl der "großen Zusammenschlüsse" sank im Jahre 1971 wieder auf 69 Fälle einschließlich Versicherungen und Banken.[5)] Für das Jahr 1972 war bereits wieder ein leichter Anstieg festzustellen. So wuchs die Zahl der Fusionen 1972 einschließlich 75 "großer Zusammenschlüsse" auf insgesamt 269 Fälle an.[6)] Im Jahre 1973 wurde dieses Niveau bei 61 "großen" und insgesamt 242 Fusionen in etwa gehalten.[7)] Nach neuesten Berichten hat sich die Gesamt-

---

1) So von J.W. Markham, Survey of the Evidence and Findings on Mergers, in: Business Concentration and Price Policy, A Conference of the Universities - National Bureau Committee for Economic Research, (N.B.E.R.), Princeton 1955, S. 141 ff, 151/152; R.L. Nelson, Merger Movements in American Industry 1895 - 1956, A Study by the National Bureau of Economic Research, New York-Princeton 1959, S. 1o8, 111; C.J. Maule, A Note on Mergers and Business Cycles, The Journal of Industrial Economics 1967/68, Vol. XVI, S. 99 ff

2) vgl. dazu die Berichte des BKA für 1969, a.a.O., S. 12 f, für 197o, a.a.O., S. 13 ff

3) vgl. zur Definition des "großen Zusammenschlusses" den BKA-Bericht für 1969, a.a.O., S. 4o u. bzw. für 197o, a.a.O., S. 13 Anm. 5

4) vgl. Anm. 2 dieser Seite

5) vgl. BKA-Bericht für 1971, a.a.O., S. 5

6) vgl. BKA-Bericht für 1972, a.a.O., S. 7

7) vgl. BKA-Bericht für 1973, a.a.O., S. 41

zahl der Fusionen für das Jahr 1974 allerdings wieder erheblich erhöht und die Rekordmarke von 318 Zusammenschlüssen erreicht.[1)]

Trotz gewisser gesamtwirtschaftlicher Schwankungen gibt es für den Zeitraum von 1966 bis 1974 jedoch keine Anzeichen, die diese Wellenbewegung der Konzentrationen mit gesamtwirtschaftlichen Aspekten erklären könnten. Da auch sonstige Auffälligkeiten fehlen, besteht offensichtlich ein Zusammenhang zwischen der 1969 aktuell gewordenen Fusionsregelung und der eiligen Vorwegnahme möglicherweise relevanter Zusammenschlußvorhaben.[2)] Denn wie die "Entwicklungsgeschichte" gezeigt hat, ist ein erstes ernsthaftes Einschwenken der Bundesregierung auf eine Fusionskontrolle in der Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1968 festzustellen. Dies war am 23.5.1969.[3)] Ein Zusammenhang zwischen beiden Dingen muß deshalb für einen Betrachter um so stärker in Erscheinung treten, desto weniger er von einem Zusammenhang zwischen Konzentration und konjunktureller Lage ausgeht. In Anbetracht des Boomjahres 1969 und der höchsten Zusammenschlußzahl, die abgesehen von den neuesten Werten für 1974 je erreicht worden ist, mutet es unverständlich an, daß das Bundeskartellamt diese Zahlen und Entwicklungen ohne weitere Begründung dahingehend kommentierte, daß keine Ansatzpunkte für einen Zusammenhang zwischen "Konzentrationswelle" und beabsichtigter Regelung zu erkennen seien.[4)]

---

1) Vgl. Die Welt v. 7.2.1975, Nr. 32, S. 9: "Das Fusions-Karussell rast"
2) vgl. dazu auch I. Schmidt, Konzentrationseuphorie, marktwirtschaft 1970, Nr. 2, S. 18 f, 18
3) vgl. S. 19 dieser Arbeit
4) Bericht des BKA für 1970, a.a.O., S. 14; so auch heute noch F. Segelmann, Es war allerhöchste Zeit, Zum Konzentrationsprozeß und zur Einführung einer Konzentrationskontrolle, Wirtschaftsdienst 1973, S. 351 ff, 353, der allerdings als Mitarbeiter des BKA ebenfalls keine Begründung für diese Behauptung anführt.

Doch gleichgültig wie man zu der These steht, daß Konzentration und gesamtwirtschaftliche Entwicklung verbunden seien, so bleibt für den gesamtwirtschaftlichen Bereich nach wie vor die Forderung nach einer möglichst hohen "Konstanz der Wirtschaftspolitik"[1] gültig. Für eine langfristig lebensfähige Marktwirtschaft ist diese Forderung als conditio sine qua non anzusehen.

Zugleich zeigt der sehr wahrscheinliche Zusammenhang zwischen der Konzentrationswelle und der damals beabsichtigten Fusionskontrolle, in welchem Maße Gesetze auf den Konzentrationsprozeß einwirken. Dabei ist es keineswegs erforderlich, daß ein so unmittelbarer sachlicher Bezug zwischen dem Recht und der Konzentration besteht. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß die staatliche Urheberschaft für die Entwicklung der Konzentration über einen entsprechenden Ordnungsrahmen der Wirtschaft weitgehend anerkannt ist.[2] Insbesondere sind die konzentrationsfördernden Folgen des Gesellschaftsrechts[3], des Steuerrechts[4] und des Patentrechts[5] bereits durch die Konzentrationsenquête nachgewiesen worden, so daß es wenig angebracht ist, sie erneut zu beleuchten. Allerdings zeigt sich auch in diesen Fällen einmal mehr, wie schädlich sich gesetzgeberische Maßnahmen auswirken, deren Nebeneffekte

---

1) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952, Neuere gekürzte Fassung hrsg. von: E. Eucken-Erdsiek u. K.P. Hensel, rowohlts deutsche enzyklopädie, Bd 81, o.O. 1967, S. 174 ff "Die Erfahrung hat nämlich ... gezeigt, daß rascher Wechsel der Wirtschaftspolitik die Konzernbildung fördert ... Die Unsicherheit, ..., gibt einen Anstoß, um sich an Firmen anderer Produktionszweige zu beteiligen oder sie zu kaufen;", S. 177

2) vgl. R. Henzler, a.a.O., S. 325; F. Neumark, Schlußwort des Vorsitzenden zur Generaldiskussion zum Referat von H. Achinger, Sozialpolitische Aspekte der Konzentration, a.a.O., S. 334; A. Möller, Steuergesetzgebung und Wettbewerbspolitik, marktwirtschaft 197o, Nr. 4, S. 2 f; "Vermerk" der Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik v. 29.1.1968, abgedr. bei W. Kartte, Ein neues ..., a.a.O., S. 1oo

3) Stellungnahme der Bundesregierung zur Enquête, a.a.O., S. 95 ff; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 88; W. Stützel, Aktienrechtsreform und Konzentration, in: Die Konzentration ..., a.a.O., S. 9o7 ff, 985

4) Stellungnahme der Bundesregierung zur Enquête, a.a.O., S. 98 ff

5) ibid., S. 1oo ff

zu wenig rational bedacht und in das bestehende Ordnungsgefüge nicht integrierbar sind.[1] Denn wenn diese Gesetze intendiert waren, den Ordnungsrahmen für das sich entwickelnde Wirtschaftsgeschehen zu verbessern, so lag ihnen eine Förderung irgendwelcher Konzentrationen vermutlich fern.

Es ist deshalb zu begrüßen, daß auf diesem Sektor, der in besonders hohem Maße den Staat als Begründer einer Fusionskontrolle in Widerspruch zu seinem sonstigen Verhalten als Gesetzgeber setzen könnte, erste Schritte zur Beseitigung bestehender Zielkonflikte getan worden sind. So ist die konzentrationsfördernde Bruttoallphasenumsatzsteuer durch die Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) abgelöst worden. Allerdings beinhaltet auch das Umsatzsteuergesetz durch die Nachteile sogenannter "systemwidriger Befreiungen"[2] nach wie vor Anreize zur Konzentration. Auch diese sicherlich ungewollten Anreize beruhen auf einer zu punktuellen Gesetzesbildung. Zum einen verlor der Steuerausschuß, der "in erster Linie ... steuerpolitische Erwägungen" in den Vordergrund seiner speziellen Überlegungen stellte, den Blick für nicht steuerrechtliche Folgen, und zum anderen sollte wohl ohne Rücksicht auf Nebeneffekte der 2. EWG-Richtlinie (Art. 11 Abs. 2) Rechnung getragen werden.[3] Ferner hat auch die Novellierung des Aktienrechts von 1965 Konzentrationsanreize beseitigt. Doch andere Probleme wie z.B. die Kapitalverkehrssteuer, die 7er Gruppe des Einkommenssteuergesetzes, das Patentrecht und andere Vorschriften stehen noch zur Lösung an.[4]

---

1) Vgl. U. Immenga, a.a.O., S. 256 m.w.N.
2) § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Nr. 6 - 26 UStG 1973
3) schriftlicher Bericht des Finanzausschusses, Drucks. V/48 zu BT-Drucks. V/1581, S. 15
4) vgl. D. Pohmer, Die Konzentrationsbegünstigung durch die Unternehmensbesteuerung, in: Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Berlin 1959, S. 213 ff; H. Willgerodt, Wirtschaftskonzentration unter der Lupe, ORDO 1963, Bd XIV, S. 335 ff; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 22, 36

3. Zusammenfassende Auswertung

Die vorangegangene Übersicht über die wesentlichen und wissenschaftlicher Untersuchung einigermaßen zugänglicher Konzentrationsursachen kann im Rahmen dieser Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie läßt aber doch erkennen, daß die häufig angeführten "wichtigsten Ursachen" nur in seltenen Fällen einen ausgesprochen zwingenden Charakter haben. Außerdem wird stets zu beachten sein, daß Konzentrationsaspekte nicht allein aus einzelwirtschaftlicher Sicht bewertet werden können. Wie die Konzentration selbst kein rein einzelwirtschaftlicher, sondern auch ein gesamtwirtschaftlicher Vorgang ist, so bedürfen auch Konzentrationsursachen gerade aus der Perspektive des Gesetzgebers einer gesamtwirtschaftlich orientierten Beurteilung. Was privatwirtschaftlich günstig und zweckmäßig ist, muß nicht notwendigerweise auch gesamtwirtschaftlich positiv sein. Die inzwischen allgemein bekannten Probleme der sozialen Kosten einer privaten Produktion kennzeichnen signifikant die möglichen Divergenzen.[1] Insgesamt kann jedoch anhand der gemachten Ausführungen die auch von Lenel herausgearbeitete Abstufung bestätigt werden. Danach gibt es zwar produktionstechnisch bedingte Großbetriebe, doch die stärkeren Konzentrationstendenzen ergeben sich aus dem Absatzmarkt, dem Finanzierungssektor und schließlich dem gesetzlichen Ordnungsrahmen.[2]

Soll nunmehr die Frage abschließend beantwortet werden, inwieweit eine Fusionskontrolle gegenüber diesen Konzentrationsursachen marktkonform ist, so bestehen Zweifel an der Konformität nur gegenüber solchen Ursachen, die nicht nur von einiger Häufigkeit, sondern auch zwingend sind. In Anbetracht solcher Kriterien entfällt aber eine Inkonformität der Fusionskontrolle gegenüber den Impulsen aus dem Beschaffungsbereich sowie denen, die aus dem rechtlichen Ordnungsrahmen resultieren. Denn insoweit wurden und werden seitens der Un-

---

1) Vgl. H.O. Lenel in: Generaldiskussion zum Referat v. K. Hax, a.a.O., S. 1o2 f
2) vgl. H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 269 ff, 294 ff

ternehmen nur Möglichkeiten wahrgenommen, ohne daß diese einen existentiellen Druck auf die Unternehmen ausüben oder als notwendiger Bestandteil von Marktprozessen anzusehen sind. Soweit die Konzentrationsimpulse allerdings dem bestehenden Ordnungsrahmen entspringen, erscheint es geboten, sie zu beseitigen, um Widersprüche innerhalb der Gesetzesordnung zu vermeiden.

Eigentliche Konformitätsprobleme beschränken sich deshalb auf den Bereich produktions- und finanzierungstechnischer Notwendigkeiten. Wenn auch nach dem momentanen Stand und den dazu angestellten Überlegungen wenig Anlaß gegeben ist, auch nur die überwiegende Zahl horizontaler Zusammenschlüsse für produktionstechnisch notwendig zu erachten, so muß doch die technische Entwicklung selbst bedacht werden. Dann ist es aber nicht ausgeschlossen, daß beispielsweise Verfahrenstechniken erfunden werden, die ein Umdenken und neue Berechtigung für weitere Konzentrationen implizieren. Allerdings bleibt auch für solche zukünftigen Entwicklungen nach wie vor das auch hier grundsätzlich angewandte Kriterium bestehen, wonach privatwirtschaftliche und gesamtwirtschaftliche Nützlichkeit gegeneinander abzuwägen sind. Eine Vorwegnahme dieser Überlegungen ist aber zum jetzigen Zeitpunkt sachlich nicht möglich. Da außerdem die Marktwirtschaft selbst auf der Abfolge möglichst freier und veränderbarer Prozesse beruht, ist eine Fusionskontrolle gegenüber solchen möglicherweise zukünftigen Sachzwängen nur marktkonform, wenn sie ihnen gegenüber anpassungs- und regelungsfähig bleibt. Hierauf wird bei der speziellen Beurteilung der Fusionskontrolle zu achten sein.

Zweifel an einer Marktkonformität bestehen auch, soweit in größerem Umfange Sachzwänge aus dem Finanzierungsbereich festgestellt werden konnten. Aus dieser Perspektive waren Zusammenschlüsse mittlerer Unternehmen offensichtlich ein Mittel, um bestehende Chancenungleichheiten zu umgehen. Soweit eine umfassende Fusionskontrolle solche Benachteiligungen festschriebe, müßte sie von staatlichen Maßnahmen der bereits

aufgezeigten Art begleitet sein.[1] Nur ein solches simultanes Vorgehen könnte das Ziel des Wettbewerbsschutzes gewährleisten, indem es diesem Bereich den zur Konzentration zwingenden Charakter nähme. Übrig bliebe dann lediglich die eine oder andere privatwirtschaftlich nützliche Möglichkeit, der ohne weiteres die gesamtwirtschaftlichen Argumente gegenübergestellt werden könnten.

Gerade bei einer solchen Gegenüberstellung wird man häufig zu der Feststellung kommen, daß die aus den geschilderten Bereichen angeführten Notwendigkeiten und "kostenmäßigen Ursachen" nur eine Alibifunktion erfüllen. Wenn wir auch bisher nur solche sachlichen Ursachen untersuchten, so darf doch gerade in einer Zeit kritisch-rationaler Einstellung gegenüber Größe und Macht der eigentliche Konzentrationsmotor nicht übersehen werden. Dieser Motor liegt zumeist im wettbewerbsimmanenten Streben der Marktteilnehmer nach Größe, Macht und Sicherheit[2] auf der einen Seite und in der übermäßigen Belastung, mangelndem Mut und abnehmender Risikofreude auf der anderen Seite.[3] So wie durch den Rückzug nicht mehr interessierter Unternehmer ein Vakuum entsteht, so werden die Großunternehmen aus ihrem anhaltenden Streben nach den soeben genannten Zielen zu Käufern solcher Firmen.[4] Bezüglich dieses Prozesses wird bereits teilweise bedauert, daß es in Deutschland keine Einrichtung gibt, die die zum Verkauf stehenden kleinen und mittleren Unternehmen übernimmt, um sie gegen an-

---

1) Vgl. zur Notwendigkeit flankierender Maßnahmen auch F. Segelmann, Es war allerhöchste Zeit ..., a.a.O., S. 354

2) vgl. F. Haussmann, Konzerne und Kartelle im Zeichen der "Wirtschaftslenkung", Zürich-Leipzig 1938, S. 226 f; H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 325 ff; ähnlich: H. Giersch, in: Generaldiskussion zum Referat von J.H. Müller, Konzentration und Wettbewerb, a.a.O., S. 153; J.H. Müller, Schlußwort dazu, a.a.O., S. 154; G. Koberstein, in: Spezialdiskussion zum Referat von R. Henzler, Konzentrationsprobleme in der Unternehmungssphäre, a.a.O., S. 334; W. Engelhardt, ibid., S. 339; vgl. ferner: Stellungnahme der Bundesregierung zur Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 93; Bericht des BKA für 1968, a.a.O., S. 8 ff

3) vgl. für den Handel Nieschlag u.a., a.a.O., S. 304

4) vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 23

gemessene Zahlungsbedingungen an risikobereite und qualifizierte Unternehmer zu veräußern oder zu verpachten.[1)]

In allen Fällen muß die Konzentration außerdem und in erster Linie als eine unmittelbare Marktstrategie der starken oder an Stärke interessierten Unternehmen verstanden werden.[2)] Eine solche Marktstrategie ist ihrem Wesen nach jedoch weitgehend unabhängig von den zumeist relativ schwachen Impulsen, wie sie im Rahmen der Ursachenanalyse dargestellt wurden.[3)] Dies zeigen vor allem die jüngsten Ergebnisse und Untersuchungen, die über die Erfolge der Fusionen sowohl in Deutschland als auch in Amerika angestellt worden sind. So hat eine Forschungsgruppe der Universität Saarbrücken nachgewiesen, daß sogenannte Rationalisierungsfusionen ganz überwiegend keine Rationalisierungsvorteile gebracht haben.[4)] Auch Baumgartner kommt nach langjähriger Beobachtung zu dem Ergebnis: "Nur jede fünfte Fusion ist erfolgreich."[5)] Aufgrund anderer Meßansätze wurde parallel für die USA durch eine Studie der Universität von Missouri/St. Louis ermittelt, daß fusionierte Unternehmen eine im Durchschnitt um o,2 % geringere Umsatzrentabilität aufwiesen als die übrigen Unternehmen. Diese Untersuchung basierte auf einer Grundgesamtheit von immerhin 9oo Unternehmungen.[6)]

---

1) Vgl. Konzentrationsenquête, a.a.O., S. 23; ferner: "Unternehmer Baisse", Wirtschaftswoche 1975, Nr. 4, S. 59
2) vgl. auch Reports of the Federal Trade Commission on the Merger Movement, a.a.O., S. 2, wo festgestellt wird, daß Gesetzesdruck, Gesetzesmangel, Dauernachfrage und Expansionsdrang die Ursachen für die meisten Verschmelzungen gewesen seien.
3) vgl. besonders R. Henzler, Betriebswirtschaftliche ..., a.a.O., S. 322 ff; J. Robinson, a.a.O., S. 169; "Vom Kontor zur Fusion", Volkswirt 1969, Nr. 45, S. 68; "Das neue Eiskombinat", ibid., S. 73; "Fusionsinitiator - die Bank", Wirtschaftswoche 1971, Nr. 42, S. 97
4) Wiedergabe des Ergebnisses der noch unveröffentlichten Untersuchung nach einem Bericht des III. Fernsehprogramms vom 6.11.1973
5) Baumgartner, Zusammenschlüsse sind kein Allheilmittel, Die Welt, Nr. 268 v. 15.11.1973, S. 14
6) vgl. Wirtschaftswoche 1974, Nr. 52/53, S. 62

Solche relativen Mißerfolge bei gleichzeitig ungebrochener Fusionslust sollten insbesondere denen zu denken geben, die die Fusionen stets nur aus betriebswirtschaftlicher Vorteilhaftigkeit heraus beurteilen. In Anbetracht der geschilderten Mißerfolge bleibt vielmehr nur die Feststellung sinnvoll, daß Fusionen lediglich insoweit erfolgreich waren, als sie eine vermutlich rational geplante Marktstrategie vorantrieben und Marktstellungen und Marktmacht verbesserten. Aus der Sicht rational handelnder Unternehmer wären die nachgewiesenen temporären Nachteile dann gegenüber den stets langfristig konzipierten Aspekten der Marktstellung und Marktmacht sogar zu vernachlässigen. Außerdem lassen sich die genannten Nachteile unter einem solchen Blickwinkel zwanglos mit der wissenschaftlichen Feststellung vereinbaren, wonach die reine Gewinnmaximierung keinen repräsentativen Zielcharakter hat.[1)]

Gegenüber einem subjektiven Macht- und Sicherheitsstreben erweist sich aber eine Regelung wie die der Fusionskontrolle als ebenso adäquates und völlig marktkonformes Mittel, wie es in § 1 GWB gegenüber analogen Verhaltensweisen bereits vorliegt. Gleichwohl muß erneut darauf hingewiesen werden, daß der Erfolgswert einer Zusammenschlußkontrolle gefährdet sein wird, wenn nicht die noch bestehenden Anreize zur Konzentration aufgehoben werden. Dies gilt in besonderem Maße für all diejenigen Konzentrationsimpulse, für die der Staat die Urheberschaft trägt.[2)] Denn zum Wirksamwerden einer jeden Wirt-

---

1) Vgl. M. Lohmann, Einführung ..., a.a.O., S. 2o8 ff; H. Seischab, Betriebswirtschaftliche Grundbegriffe, Stuttgart 1961, S. 11, 14; K. Rößle, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 5.A., Stuttgart 1956, S. 43; H. Fischer, Der Unternehmer in der Sicht der modernen Preistheorie, Dissertation, Hamburg 1959, S. 122 ff; R. Ehrenberg, "Selbstinteresse" und Geschäftsinteresse, Thünen-Archiv 1 (19o5/o6), S. 279 ff, 293, 298; F. Greiß, Unternehmertum in letzter Bindung an höhere Werte, in: Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für Alfred Müller-Armack, hrsg. v. F. Greiß u. F.W. Meyer, Berlin 1961, S. 534 ff

2) vgl. neben den Angaben zur Ursachenanalyse H. Gross und J. Meier, Größe und Größenstruktur der Unternehmen, Ursachen und Auswirkungen ihrer Wandlungen, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S. 27/28; G. Hartmann, Zur Problematik ..., a.a.O., S. 32; B. Gellner, Wird die kleine und mittlere Unternehmung diskriminiert?, Berlin 1968, S. 16o

schaftspolitik ist es notwendig, "daß sie nicht punktuell betrieben wird. Die Interdependenz der wirtschaftspolitischen Akte müßte uns immer wieder beschäftigen. Wenn z.B. der Versuch gemacht wird, durch ein Antimonopolgesetz die Monopole zu bekämpfen, so wird die historische Tendenz zur Konzentration, die gerade durch die übrige Wirtschaftspolitik und die Bedingungskonstellationen, die sie setzt, ausgelöst wird, stärker sein als dieses Gesetz."[1)]

DRITTER TEIL

Ist die Fusionskontrolle insbesondere in Anbetracht ihrer absoluten Aufgreifkriterien ein zieladäquates Mittel?

§ 1 Zum Sinn der Fragestellung

Wenn gegen eine Fusionsregelung innerhalb des GWB auch keine prinzipiellen Bedenken bestehen[2)], so ist doch die Frage noch unbeantwortet, ob die mittlerweile gewählte Form der Kontrolle zieladäquat, praktikabel und sachgerecht ist. Während die Praktikabilität und Sachgerechtigkeit zu den in erster Linie geprüften Merkmalen gehören, wird die Frage der Zieladäquanz wegen der mit ihr verbundenen spezifischen Schwierigkeiten gerne tabuisiert. Oder aber es wird ohne nähere Begründung eine rein subjektive Empfindung zum Beurteilungskriterium für die Zieladäquanz gemacht. Aus den schon in der Einführung angesprochenen Gründen bedürfte dabei gerade dieser Aspekt einer ganz besonderen Beachtung. Denn die Frage nach der Zieladäquanz einer Regelung beschäftigt sich damit, eine als zielinadäquat erkannte Lage über die geplante Regelung in

---

1) W. Eucken, Grundsätze ..., Ausgabe Eucken-Erdsiek, a.a.O., S. 147/148

2) vgl. H.B. Wirz, Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle, WuW 1973, S. 250 ff, "notwendige Systemfrage", S. 253

eine zieladäquate Lage zu transformieren.[1] Bei der Interessenauseinandersetzung in pluralistischen Gesellschaftsformen besteht nun aber wegen der besonderen Stärke einiger weniger Interessen immer wieder die bereits nachgewiesene Gefahr, daß eine Regelung von einem überwiegenden Konsensus und damit der ursprünglich zieladäquat getroffenen Ausgestaltung abweicht. Die schon für § 1 GWB festgestellte Folge ist, daß die als zielinadäquat analysierte Lage festgeschrieben oder nur unzureichend abgeändert wird.[2] Wenn dann eine solche Abweichung nicht immer wieder transparent gemacht wird, gerät schließlich das Problem in Vergessenheit, und insbesondere gesellschaftspolitisch grundlegende, aber unzureichende Regelungen können zu schwerwiegenden Verzerrungen führen.[3]

Nur eine dem Gemeinwohl[4] und anderen übergeordneten Werten verpflichtete Regierung ist befähigt, diesen Gefahren schon in ihrer Entstehung zu begegnen. Nur sie kann Berufsstände und sonstige hochorganisierte Gruppen auf das so oft beschworene Gemeinwohl ausrichten. In diesem Sinne stark zu sein bedeutet deshalb, Gesetze zu schaffen, die einseitige Interessenstand-

---

1) Vgl. zur Methodik: O. Gandenberger, Über das Verhältnis von Wissenschaft und Politik im Bereich der Sozialökonomik, ORDO 197o, Bd XXII, S. 86 ff, 87 ff; L. Rosenmeyer, Über das wechselseitige Verhältnis von Empirie, Theorie und Praxis, Kölner Zeitschrift für Soziologie 1967, Bd 19, S. 44o ff

2) vgl. R. Zippelius, Das Wesen des Rechts, a.a.O., S. 62 ff

3) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 8/9

4) wobei Gemeinwohl bei pluralistischer Auffassung keine einheitliche Größe im Sinne einer verbindlichen Zielkonzeption ist, sondern als Regulativ verstanden werden muß, um den inneren Zusammenhalt einer heterogen strukturierten Gesellschaft mit niemals endgültig lösbaren Konflikten zu gewährleisten. Pluralismus in diesem Sinne bedeutet Dissenz in vielen Einzelfragen, jedoch Consens über einige Grundinhalte und Grundregeln. Vgl. grundsätzlich R. Eisfeld, Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus, Stuttgart 1972; F. Nuscheler, W. Steffanie, Pluralismus: Konzeptionen und Kontroversen, München 1972; R.A. Dahl, Pluralist Democracy in the United States, Chicago 1967

punkte weitgehend eliminiert haben.[1] Es bedeutet darüber hinaus aber auch, diese Gesetze so klar und praktikabel zu formulieren, daß sie möglichst auch späteren Interesseneinflüssen über die Auslegung entzogen sind.[2]

Die praktischen Voraussetzungen solcher Forderungen und Anforderungen sind aber nur höchst selten gegeben. Daß die Gesetzgebung an den genannten Gesichtspunkten gemessen nicht immer problemgerecht war und häufig eine Interessenschlagseite aufwies, ist deshalb kaum verwunderlich und betrifft auch keineswegs nur die Kartellgesetzgebung. Lange Zeit blieben beispielsweise die Probleme des Umweltschutzes in der Interessenauseinandersetzung völlig unberücksichtigt. Vielleicht geschah dies, weil die allgemein formulierten Wertvorstellungen wie "saubere Luft", "sauberes Wasser" usw. den prägnanten Kostenzahlen unterlagen, die gegen die Verwirklichung solcher Vorstellungen eingewandt wurden.[3] Erst in jüngster Zeit nimmt sich die Rechtsordnung auch dieser abstrakten Werte an[4], weil

---

1) Während in Washington die "pressure groups" mehr als 4ooo Funktionäre unterhalten, werden in Bonn immerhin 4oo Lobbybüros gezählt, so daß schon teilweise davon geredet wird, die pressure groups hätten das Vor-Verfahren der Gesetzgebung an sich gerissen und das Parlament weitgehend entmachtet. Vgl. J. Höffner, Die Aufgaben des christlichen Unternehmers in Betrieb, Verband, Öffentlichkeit und Staat, in: Jahrbuch ..., a.a.O., S. 413 ff, 418; derselbe, Machtgruppen in der modernen Gesellschaft, ibid., S. 87 ff; J.H. Kaiser, Pressure groups, in: Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1955, S. 399 ff

2) vgl. R. Zippelius, a.a.O., S. 64

3) vgl. neben der aktuellen Tagespresse: Th. Löbsack, Die Müll-Lawine in unserer Gegenwart, Universitas 1971, S. 1285 ff; J. Monod, A.v. Szent-Györgyi, G. Wald, Die Weltsituation heute, die Umweltprobleme und die Zukunft, Universitas 1972, S. 1 ff; K. Steinbuch, Die Kontrolle der Technik und die Probleme unserer Gesellschaft in Gegenwart und Zukunft, Universitas 1972, S. 229 ff, 236 ff; H. Nebelung, Verkehrsentwicklung und Umweltschutz in der heutigen Industriegesellschaft, Universitas 1974, S. 815 ff

4) vgl. beispielsweise: Gesetz zur Verminderung von Luftverunreinigungen durch Bleiverbindungen in Ottokraftstoffen für Kraftfahrzeugmotoren (Benzin-Blei-Gesetz) vom 5.8.1971, BGBl I, S. 1234

sie sie endlich als Bestandteil der Forderung nach einer bestmöglichen Verwirklichung und Entfaltung des Menschen, und somit als Wertinhalte einer "problematischen Freiheit"[1], erkannt hat. Schon aus diesen kurzen Hinweisen ist zu entnehmen, daß das Erkennen der Grundwerte des menschlichen Daseins sowohl Veranlassung als auch Leitlinie für entsprechende Regelungen sein muß. Wenn die Rechtsordnung ihren Auftrag erfüllen will, das Leben und seine Erscheinungsformen zu erfassen und wenigstens befriedigend zu regeln[2], so muß sie darauf bedacht sein, eine Relativierung dieser Wertvorstellungen zu vermeiden. Denn relative Werte als Orientierungsdaten führen zwangsläufig zu einer Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung und damit auch des zwischenmenschlichen Zusammenlebens. Je widersprüchlicher und interventionistischer aber eine Rechtsordnung ist, desto stärker exponiert sich die Macht der Interessen und sucht im Gestrüpp der Widersprüche den eigenen Vorteil zu wahren.[3] Deshalb ist weiter zu folgern, daß die letzte Grundlage der Rechtsbildung und -anwendung "die Besinnung auf die Wertungen sein (muß), auf denen unsere Rechtsordnung beruht"[4]. Nur dadurch sind Widersprüche zu vermeiden, nur so ist die Konsi-

---

1) R. Dahrendorf, Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1959, S. 61 f

2) vgl. zu dieser Aufgabe K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, a.a.O., S. 178 ff

3) vgl. R. Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts ..., a.a.O., S. 42, 51 ff m.w.N.; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 395; zum Verbandswesen grundsätzlich und kritisch: K.v.Beyme, Interessengruppen in der Demokratie, München 1969; Th. Eschenburg, Herrschaft der Verbände?, a.a.O., S. 48 f, 64 f, 86 f; J. Höffner, Machtgruppen in der modernen Gesellschaft, a.a.O., S. 87 ff

4) H. Coing, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, S. 481 ff, 485; H. Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festschrift für Zaccaria Giacometti zum 60. Geburtstag, Zürich 1953, S. 59 ff

stenz und Transitivität des Rechts zu bewahren.[1] Ein darauf abzielender Ansatz müßte demnach zuerst diese "Grundlagen" ermitteln.

§ 2 Zur Problematik des Maßstabes

Ein solches Vorgehen steht allerdings vor der methodischen Schwierigkeit, nur wenige grundsätzliche Bezugspunkte als Beurteilungskriterien zu haben. Vor allem fehlt es an einer zunächst in Betracht kommenden Wirtschaftsverfassung[2], die sich selbst als theoretisches Konzept noch im Entwicklungsstadium befindet. Überdies steht sie hinsichtlich ihrer tatsächlichen Realisierung noch vor dem weiteren Problem, die Wechselbeziehungen zwischen dem Recht und den nicht rechtlichen, aber rechtsinterdependenten Faktoren richtig zu erfas-

---

1) Vgl. zur Einheit der Rechtsordnung als Prinzip: K. Engisch, Einheit der Rechtsordnung, o.O. 1935; K. Heinsheimer, Lebendiges Recht, Heidelberg 1929; W. Sauer, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940, S. 280 ff; G. Cohn, Existentialismus und Rechtswissenschaft, Basel 1955, S. 80 ff, 112 ff, 120 ff; O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Tübingen 1951, S. 12 ff; H. Nawiasky, Positives und überpositives Recht, JZ 1954, S. 717 ff; Bay. VerfGH, JZ 1959, S. 310 ff; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5.A., Karlruhe 1972, S. 28 f; F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953, S. 8 ff; derselbe, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2.A., Göttingen 1967, S. 344

2) vgl. zu Begriff und Intention: K. Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd 3, 1. Halbbd, Berlin 1958, S. 1 ff; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.A., Bd 1, Tübingen 1953, S. 18 ff; derselbe, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 ff, 135 ff, 172 ff, 200 ff; H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961; F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1960

sen.[1] Da eine "Verfassung" für die Wirtschaft zudem umfassend und in höchstem Maße abstrakt zu sein hätte[2], kommt auch ein Rückzug auf begriffliche Teilaspekte, wie sie beispielsweise im Terminus "Marktverfassung" liegen, nicht in Betracht.[3]

Bei allem Bemühen um eine Wirtschaftsverfassung als einem Normenbündel höheren Rechts sollte allerdings zunächst bedacht werden, daß sich eine solche Verfassung wegen der ausgesprochen starken Dynamik wirtschaftlicher Sachverhalte auf wenige grundlegende Regelungen beschränken müßte.[4] Nur dann wäre sie in der Lage, "relativ Bleibendes"[5] zu sein. Solche Überlegungen bringen die Wirtschaftsverfassung dann aber sowohl von Form als auch Inhalt her zwangsläufig in die unmittelbare Nähe des Grundgesetzes. Denn das Wirtschaftsrecht als Konkretisierung einer Wirtschaftsverfassung ist nichts anderes als die Verantwortlichkeit des Staates u.a. für den Wirtschaftsbereich bei gleichzeitiger Wahrung der Verfassung. Damit steht aber die Wirtschaftsverfassung denknotwendig unter dem Vorbehalt des Grundgesetzes oder ist unmittelbar aus ihm herauszu-

---

1) Vgl. allgemein: K. Engisch, Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für das gesamte Staatsrecht 1952, Bd 1o8, S. 385 ff; R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3.A., Berlin-Leipzig 1928, S. 1o9 ff; K. Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, a.a.O., S. 22 ff, 44 ff; aus ökonomischer Sicht: W. Eucken, Ausg. Eucken-Erdsiek, a.a.O., S. 125 f; E. Liefmann-Keil, Einführung ..., a.a.O., S. 254; vgl. zu Einzelproblemen mit umfassenden Nachweisen: H.F. Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Böhm I, S. 63 ff; vgl. zur besonderen Aktualität dieses Problems aufgrund des Stabilitätsgesetzes D. Müller-Römer, Zur rechtlichen Tragweite von § 1 Stabilitätsgesetz, DÖV 1969, S. 7o3 ff; K. Biedenkopf, Rechtsfragen der Konzertierten Aktion, BB 1968, S. 1oo5 ff, 1oo6

2) vgl. H. Krüger, Art. "Verfassung", HdSW, Bd 11, a.a.O. 1961, S. 72 ff

3) vgl. H.F. Zacher, a.a.O., S. 7[illegible] m.w.N.

4) ibid., S. 88; U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 23

5) H.F. Zacher, a.a.O., S. 89

lesen.[1] Solche Zusammenhänge hat bereits Lorenz v. Stein aufgrund deduktiver Schlüsse in aller Klarheit erkannt.[2]

Allerdings vermag der Rückzug auf das Grundgesetz nur bedingt ein Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nach der Zieladäquanz zu sein. Denn das Grundgesetz ist gerade im hier interessierenden Bereich ohne konkrete Zielvorgabe, an der Abweichungen der zu untersuchenden Regelung festgestellt werden könnten. Es muß vielmehr als rechtliche ceteris-paribus-Bedingung begriffen werden, in deren Rahmen verschiedene Ziele verfolgt werden können.[3] Aus dieser Tatsache folgt auch die anerkannte gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur durch sol-

---

1) Vgl. G. Strickrodt, Die Idee einer Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip, JZ 1957, S. 361 ff, 365 m.w.N.; W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München-Berlin 1960, S. 178 ff; H.F. Zacher, a.a.O., S. 89 ff; F. Rittner, Art. "Wirtschaftsrecht", Staatslexikon, Bd VIII, 6.A., Freiburg 1963, Sp. 817 ff, 820; B. Griesbach, Wettbewerbspolitik im Rahmen der Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 39 ff, 42 f; vgl. zur Kritik der "Wirtschaftsverfassung" H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, a.a.O., S. 18 ff; H.P. Christen, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Zürich 1970, S. 198 ff; ablehnend zum Gedanken einer Wirtschaftsverfassung auch U. Scheuner, Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, a.a.O., S. 21 ff m.w.N.

2) "Nennen wir daher dieß letztere das wirthschaftliche Recht, so ergibt sich der für alles Verständnis jedes Rechtslebens entscheidende Satz, daß dieß wirthschaftliche Recht in seiner vollen, aus der Natur der Wirthschaft allein hervorgegangenen Reinheit überhaupt gar nicht existiert, sondern daß jedes positive wirthschaftliche Recht als die Bedingung für das rein gesellschaftliche Recht enthaltend, von der gegebenen Gesellschaftsordnung bestimmt ist." L.v.Stein, a.a.O., S. 227 (Zitat im Original teilweise gesperrt)

3) vgl. BVerfGE 7/377 ff, 400; U. Scheuner, a.a.O., S. 26 ff; H.F. Zacher, Aufgaben ..., a.a.O., S. 70; F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950, S. 51; P. Badura, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 1967, Bd 92, S. 382 ff, 389, 392

che Grundsatznormen begrenzt wird, in denen für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung Wertentscheidungen des Verfassungsgebers ausgedrückt sind.[1] Kann aber der Gesetzgeber im vorliegenden Bereich "jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen ..., sofern er dabei das GG, insbesondere die Grundrechte beachtet"[2], so muß ein anderer Maßstab zur Prüfung der Zieladäquanz gesucht werden.

§ 3 Die "demokratische Legitimation" als Maßstab und relevante Zielvorgabe

Ein solcher Ansatz ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Wie zuvor die Gefahr einseitiger Prozeßverläufe sowohl für die Rechts- als auch für die Wirtschaftspolitik nachzuweisen war, so gilt die zuletzt angeführte Problematik, nämlich regelungsbedürftige Prozesse nicht hinreichend beachtet zu haben, nicht nur für die Rechts-, sondern ebenso für die Wirtschaftspolitik.

So haben allgemein erkennbare Fehlentwicklungen der sozialökonomischen Strukturen in der Bundesrepublik, wie auch in sonstigen kapitalistischen Ländern, die bisher betriebene und rein "ökonomisch" fundierte Wirtschaftspolitik fragwürdig werden lassen.[3] Deshalb ist an die Wirtschafts- und Rechtspolitik insgesamt die Forderung zu richten, diejenigen Aufgaben, die über das jeweils konkrete Sachziel hinausgehen, bereits von vornherein und nicht erst als nachträgliche Korrekturprobleme zu berücksichtigen.[4] Dazu gehören z.B. neben den Gesichtspunkten des Umweltschutzes bei der regionalen

---

1) BVerfGE 6/55; U. Scheuner, a.a.O., S. 29 m.w.N., so daß wohl von einer herrschenden Meinung gesprochen werden kann.
2) BVerfGE 4/7 ff, 17 f; 7/377 ff, 4oo
3) vgl. G. Weisser, Die Überwindung des Ökonomismus in der Wirtschaftswissenschaft, in: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Berlin 1954, S. 9 ff; G. Kleinhenz, Interessenverbände und sozialstaatliche Wirtschaftspolitik, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 1963, S. 3o7 ff, 3o9
4) so wohl auch E. Hoppmann, der "Prinzipien" als umfassendere Kontrollmechanismen und Zweckmäßigkeitsüberlegungen als unmittelbar problembezogene Prüfung begreift, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 8 f

Wirtschafts- und der allgemeinen Wachstumspolitik auch die Verbesserung der Einkommens- und Verteilungssituation des einzelnen bei der Stabilisierungspolitik, die Ausweitung der Versorgung mit öffentlichen Gütern im Infrastruktur-, Bildungs- und Sozialbereich und schließlich die hier im Vordergrund stehende Demokratisierung und Humanisierung des Wirtschaftslebens[1] u.a. durch eine entsprechende Wettbewerbspolitik. Erst in der Beachtung dieser und ähnlicher Ziele konkretisiert sich, was als eine am Sozialstaatsgebot orientierte Wirtschafts- und Rechtspolitik bezeichnet werden kann.[2]

Allerdings hat die Rechtssprechung auch für diesen Zusammenhang festgestellt, daß zwar der der Sozialstaatsklausel innewohnende Gedanke auf Herstellung und Sicherung sozialer Gerechtigkeit den Staat zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, daß aber andererseits dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung dieses Staatszieles ein weitgehendes Ermessen zustehe.[3] Auch hier gilt der Grundsatz, daß der Staat "bei der Ausgestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung im Rahmen der durch das GG gezogenen Schranken frei in seinen Entschließungen"[4] ist. Auch hier ergibt sich also zunächst das Problem, daß der zu wenig konkretisierte Ordnungsrahmen nicht unmittelbar als Maßstab herangezogen werden kann. In einem demokratischen Rechtsstaat ist aber auch dieser Entschließungsspielraum entsprechend dem zur Wirtschaftsordnung insofern eingeengt, als einem Verfassungsgebot wie dem Sozialstaatsprinzip, das in sich nicht hinreichend konkretisiert ist, für jede spätere Ausformung ein gesellschaftlicher Consensus unterlegt werden muß. Dieser wird immer davon ausgehen, daß der vorhandene Status als Summe der realen sozial-ökonomischen Bedingungen der Bevölkerung in einem bestimmten Sinne umzugestalten ist. Es geht also auch hier

---

1) S. Katterle, Stabilitätspolitik und Macht, Zur Kritik der Stabilitätskonzeption des Sachverständigenrates, Wirtschaftswoche 1972, Nr. 45, S. 53 ff
2) vgl. G. Kleinhenz, a.a.O., S. 31o
3) BVerfGE 4/1 ff, 18; 7/377 ff, 4oo; BVerwG, MDR 1966, S. 534 ff
4) BVerwG, a.a.O., S. 535 unter Bezug auf BVerfGE 4/18

um das Grundproblem der Transformation einer zielinadäquaten in eine zieladäquate Lage, um dem Bürger auch real die formalen Grundrechte z.B. auf Freiheit und Gleichheit zu verschaffen und zu sichern.[1] Eine in diesem Sinne praktizierte und nicht nur auf ökonomische Ziele gerichtete, sondern die Lebenslagen planvoll umverteilende und gestaltende Wirtschaftspolitik[2] bedarf aber der "demokratischen Legitimation" auch in einem materiellen Sinne.[3] Diese notwendige Zustimmung zu den konkreten Gestaltungszielen der Wirtschafts- und Rechtspolitik ist aber bereits materiell eine Konkretisierung des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraumes, der in den angeführten Urteilen lediglich formal und hinsichtlich seiner Grenzen beschrieben worden war.

Demnach hängt die durch "formal-demokratische Prozesse" überprüfbare Berechtigung der Wirtschafts- und Rechtspolitik davon ab, ob zwischen den wirtschaftspolitischen Gestaltungszielen und Gestaltungsakten sowie den von den betroffenen Individuen gehegten Interessen eine weitgehende Übereinstimmung erreicht werden kann oder nicht.[4] Insbesondere die Parteien bedürfen sowohl in sich als auch vor der Öffentlichkeit einer solchen demokratischen Legitimation. "Die Legitimation in sich"[5] erfahren sie durch demokratisch ausgebildete Organisationen, während die Legitimation durch die Öffentlichkeit darauf beruht, "daß die Parteien im 'freiheitlich' demokratischen Staat ihrem Wesen nach fortwährend gezwungen sind, wenigstens zu versuchen, sich vor der Öffentlichkeit am Gemeinwohl zu orientieren."[6]

---

1) Vgl. G. Kleinhenz, a.a.O., S. 31o
2) vgl. dazu G. Weisser, Art. "Distribution, (II) Politik", in: HdSW, Bd 2, a.a.O. 1956, S. 635 ff
3) vgl. G. Kleinhenz, a.a.O., S. 31o
4) ibid.
5) W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, S. 22
6) G.W. Wittkämper, Grundgesetz und Interessenverbände, Die verfassungsrechtliche Stellung der Interessenverbände nach dem Grundgesetz, in: Staat und Politik, Hrsg. E. Fraenkel u.a., Bd 5, Köln-Opladen 1963, S. 3 ff, 19

I. Die Stellungnahmen der Kirchen, Parteien und Verbände zum Problem wirtschaftlicher Macht als Anknüpfungspunkt

Das methodische und praktische Problem besteht nun allerdings darin, einen solchen entsprechenden Consensus aufzuzeigen, an dem die einer jeden allgemeinen Regelung innewohnende Interessenabwägung und -ausgleichung gemessen werden könnte. Zunächst ist erkennbar, daß es einen konkret auf die Fusionskontrolle bezogenen Consensus nicht geben wird. Da aber diese Fusionskontrolle nur als ein Mittel der Wirtschafts- und Rechtspolitik zu sehen ist, muß sie offensichtlich zur Verwirklichung eines höherrangigen Zieles dienen, das selber entweder ein Grundziel der Wirtschafts- und Rechtsordnung ist oder sich aus einem solchen ableitet. Grundziele solcher Rangordnung bedürfen in einem pluralistischen System aber der vorgenannten demokratischen Legitimation.

In diesem Zusammenhang steht zunächst fest, daß sich die Fusionskontrolle gegen das Entstehen wirtschaftlicher Macht richtet. Die Verhinderung solcher Macht ist aber selber nur ein Unterziel, das sich aus einem allgemeinen Freiheits-, Demokratie- und Wirkungsverständnis der Wirtschafts- und Rechtsordnung ableitet. Da demokratische Legitimation die mehrheitliche Bejahung einer Bestrebung innerhalb des grundgesetzlichen Rahmens bedeutet, ist der Versuch zu unternehmen, auch eine solche spezifische und mehrheitliche Bejahung der genannten Wirtschaftsprozesse festzustellen. Soweit eine solche Vorstellung mehrheitlich herausgearbeitet werden kann, wird sie vor allem auch Maßstab für die gestellte Frage sein können, inwieweit die konkrete Regelung der Fusionskontrolle von dieser Vorstellung abweicht, bzw. inwieweit sie ein zieladäquates oder -inadäquates Mittel ist.

Ein zur Lösung dieses Problemkomplexes unmittelbar tauglicher Ansatz ergibt sich aus den bereits erörterten Aspekten demokratischer Willensbildung und dem Stimmenmaximierungskalkül der Parteien. Denn diese durch das Grundgesetz zur politischen Willensbildung berufenen Gruppen benötigen zur Realisation ihrer Vorstellungen und damit zu ihrer Selbstverwirklichung Mehrheiten. Um aber solche Stimmenmehrheiten erlangen

zu können, müssen sie diese in ihren Programmen und sonstigen programmatischen Äußerungen unmittelbar interessenmäßig ansprechen.[1] Das Mehrheitskalkül zwingt die Parteien also, Aussagen zu formulieren, die in der Lage sind, mehrheitliche Zielvorstellungen abzudecken oder aber ihnen zumindest entgegenzukommen.[2] Das durch die Masse der Wähler, die ökonomisch gesehen stets Konsumenten sind, selbst nicht speziell artikulierte Interesse an bestimmten Rechts- und Wirtschaftsstrukturen läßt sich demnach als eine von den Parteien bereits näherungsweise vorformulierte Programmaussage begreifen. Mit der Wahl einer Partei wird deshalb zumindest der Form nach auch diese Programmaussage als gewählt anzusehen sein. Dann ist es aber legitim, die hier relevanten rechts- und wirtschaftspolitischen Grundsatzentscheidungen wie auch ihre Beeinflussung durch stark organisierte Interessen u.a. am Maßstab entsprechender Programme der politischen Parteien darzustellen.

Gegen einen solchen Ansatz kann auch nicht die an sich unbestreitbare Tatsache angeführt werden, daß viele Wähler die Programme nicht, zumindest nicht rational, ihren Wahlentscheidungen zugrundegelegt haben. Denn selbst unter solchen Voraussetzungen besteht für die Parteien sowohl gegenüber den "bewußten" Wählern als auch gegenüber ihrer eigenen Glaubwürdigkeit die Verpflichtung, von Grundsatzäußerungen nur in begründeten Fällen und dann expressis verbis abzuweichen. Ebenso wenig vermag der mögliche Einwand durchzugreifen, daß die Parteien als Gruppen in sich nicht homogen seien. Gerade die heranzuziehenden Grundsatzprogramme repräsentieren das Maß an Übereinstimmung, das innerhalb solcher Parteien und sonstiger Gruppen zwischen den durchaus heterogenen Teilströmen zu erzielen war.

Jede feststellbare Abweichung von diesen vorformulierten und an "Mehrheiten" gerichteten programmatischen Äußerungen

---

1) Vgl. dazu G. Braunthal, a.a.O., S. 88 ff
2) wie sich auch im folgenden zeigen wird, leitet sich daraus die starke Ähnlichkeit vieler demokratischer Programme ab. Vgl. G. Braunthal, a.a.O., S. 89

kann deshalb in Ermangelung anderer Abweichungsgründe als Einfluß stärkerer und besser organisierter Minderheitsinteressen interpretiert werden. Allerdings soll der Vorstellungsrahmen der rein politischen Parteien zunächst um die spezifischen Stellungnahmen der großen konfessionellen Vereinigungen erweitert werden; nicht nur wegen ihrer Größe oder aus einem Streben nach inhaltloser Vollständigkeit, sondern weil intensive Beziehungen zwischen Religion und Gesellschaft bestehen, die bereits in dem Terminus "Religionssoziologie"[1] weitgehend Anerkennung gefunden haben. Auch religiöse und metaphysische Systeme haben als wesentliche Elemente wirtschaftsgeschichtlicher Entwicklung zu gelten, weil unser "politisches und wirtschaftliches Leben .. geschichtlich auf metaphysischem Boden"[2] ruht. Schließlich wird auch der gewerkschaftliche und industrielle Standpunkt zur Konzentration und Macht exemplarisch an den Stellungnahmen der jeweils größten Organisationen zu prüfen sein, jedoch mehr, um aus den speziellen Interessenstandpunkten auch ebenso spezielle Beurteilungskriterien für die Forderungen dieser Gruppen entnehmen zu können.

1. Das Verhältnis der katholischen Kirche zur wirtschaftlichen Konzentration

Nach "Mater et magistra" und anderen offiziellen Verlautbarungen gilt für die katholische Kirche als oberster Grundsatz, daß "der Mensch der Träger, Schöpfer und das Ziel aller gesellschaftlichen Einrichtungen" ist. "Und zwar der Mensch, sofern er von Natur aus auf Mit-Sein angelegt und zugleich zu einer höheren Ordnung berufen ist, die die Natur übersteigt

---

1) Vgl. O. Söhngen, Religion und Wirtschaft, in: Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, a.a.O., S. 501 ff; R. Tawney, Religion and the Rise of Capitalism, A Historical Study, London 1926

2) A. Müller-Armack, Religion und Wirtschaft, Geistesgeschichtliche Hintergründe unserer europäischen Lebensform, Stuttgart 1959, S. 513; vgl. auch A. Rüstow, Ortsbestimmung der Gegenwart, Eine universalgeschichtliche Kulturkritik, 3 Bde, Erlenbach-Zürich 1950, 1952, 1957; W.A. Visser't Hooft, Die Aufgabe der Kirchen in der pluralistischen Weltgesellschaft, Universitas 1971, S. 1273 ff

und diese zugleich überwindet."[1] Der Wirtschaft wird in diesem Zusammenhang eine ausgesprochen dienende Rolle ohne Selbstzweck zugewiesen, indem sie sowohl die "materiellen Bedürfnisse" des Menschen befriedigen als auch alles das ermöglichen soll, "was er für sein geistiges, sittliches, spirituelles und religiöses Leben benötigt."[2]

Das Ziel dieser Grundhaltung ist demnach eine Wirtschaftsverfassung, die der Menschenwürde und Gerechtigkeit dient. Ein Teilaspekt dieser Würde, und mit ihr positiv verbunden, ist aber die Freiheit.[3] Auch die Gerechtigkeit und Billigkeit fordern in einer evolutorischen Wirtschaft implizit die Freiheit, weil die Freiheit unabdingbare Voraussetzung für die ebenfalls unverzichtbare Mobilität ist. Denn diese Mobilität ist Voraussetzung für den einzelnen, um seine Existenz und Würde bei sich verändernden Umständen positiv zu realisieren. Entsprechend ist die Einstellung der katholischen Kirche zur Konzentration und Macht: "Am auffallendsten ist heute die geradezu ungeheure Zusammenballung nicht nur an Kapital, sondern an Macht und wirtschaftlicher Herrschgewalt in den Händen einzelner, ..."[4]. Die "Ungeheuerlichkeit" dieses Vermachtungsprozesses wird vor allem darin gesehen, daß einige über den Kredit und mit ihm in einer Art herrschen, die kaum eine Möglichkeit läßt, "gegen ihr Geheiß auch nur zu atmen ..."[5].

Innerhalb dieser Zusammenhänge stoßen die Überlegungen schließlich auf folgendes zusätzliches Machtproblem: "Solch gehäufte Macht führt ihrerseits wieder zum Kampf um die Macht, zu einem dreifachen Kampf: zum Kampf um die Macht innerhalb der Wirtschaft selbst; zum Kampf sodann um die Macht über den

---

1) Aus der Enzyklika "Mater et magistra", Freiburg/Br. 1961, Nr 218 - 232; vgl. auch J. Weis, Wirtschaftspolitische Leitsätze, Eine Dokumentation, Recklinghausen 1966, S. 35; ähnlich: Die Pastoralkonstitution des II. Vatikanischen Konzils "Die Kirche in der Welt von heute" v. 7.12.1965, S. 63
2) ibid., S. 64; ebenso Pius XI., Enzyklika "Quadragesimo anno", Ausg. Gundlach, Nr. 42, 43, bes. 75, 88
3) vgl. auch Evangelisches Soziallexikon, 4.A., Stuttgart 1963, Sp. 866
4) "Quadragesimo anno", a.a.O., Nr. 1o5
5) ibid., Nr. 1o1 - 1o9

Staat, der selbst als Machtfaktor in den wirtschaftlichen Interessenkämpfen eingesetzt werden soll; zum Machtkampf endlich der Starken untereinander, die mit Mitteln staatlicher Macht wirtschaftliche Interessen ihrer Angehörigen durchzusetzen suchen und wieder umgekehrt zum Austrag zwischenstaatlicher Streithändel wirtschaftliche Macht als Kampfmittel einsetzen."[1)]

Dabei erachtet die katholische Soziallehre die Entstehung der Macht als Ergebnis einer "grundsätzlich zügellosen Konkurrenzfreiheit" und erhebt deshalb die Forderung, die Wirtschaft erneut einem "echten und durchgreifenden regulativen Prinzip zu unterstellen", da die "an die Stelle der Wettbewerbsfreiheit getretene Vermachtung der Wirtschaft ... noch weniger diese Selbststeuerung bewirken" kann. Denn "Macht ist blind; Gewalt ist stürmisch."[2)] Diese differenzierte Wettbewerbsbetrachtung, die das Ordnungsprinzip Wettbewerb unter den Vorbehalt der Prinzipien Gerechtigkeit und Liebe stellt[3)], hat zwar keine explizite Einstellung gegenüber Fusionen entwickelt, doch aus der Haltung zum "klassischen Kartellproblem" sowie aus grundsätzlichen Äußerungen zum Monopol und - wie bereits dargestellt - zur Macht- und Wirtschaftskonzentration läßt sich durchaus eine logische Zielvorstellung gegenüber dem Konzentrationsprozeß ableiten.

Die christliche Soziallehre hat sich für die Marktwirtschaft entschieden, weil sie mit ihr das Sachziel der Wirtschaft unter Wahrung der "Harmonie der Werte" für realisierbar hält.[4)] Diese Realisation steht aber unter dem Vorbehalt folgender Bedingungen:

---

1) "Quadragesimo anno", a.a.O., Nr. 1o1 - 1o9; ferner "Mater et magistra", a.a.O., Nr. 1o - 12, 35, 36; J. Höffner, Machtgruppen in der modernen Gesellschaft, a.a.O., S. 87 ff m.w.N.
2) "Quadragesimo anno", a.a.O., Nr. 88 - 9o
3) ibid., Nr. 89 u. 11o; vgl. auch J. Höffner, Neoliberalismus und christliche Soziallehre, in: Jahrbuch ..., a.a.O., S. 37 ff, 43
4) vgl. J. Höffner, Sozialethik und Wirtschaftsordnung, in: Jahrbuch ..., a.a.O., S. 25 ff, 29

a) "Nur der Leistungswettbewerb darf geduldet werden"[1], d.h. Monopole müssen verboten oder, soweit unersetzbar, der Kontrolle "eigenständiger und zwar gemischtwirtschaftlicher oder berufsständischer Körperschaften"[2] unterstellt werden; und es muß überdies verhindert werden, daß mit Hilfe der Vertragsfreiheit über Kartelle, Konzerne und Syndikate die Wettbewerbsfreiheit aufgehoben werden kann.

b) "Da der vollständige Leistungswettbewerb nicht in allen Bereichen durchführbar ist und da er außerdem nicht alle Wirtschaftsprobleme zu lösen vermag, ist eine gewisse der Wettbewerbsordnung konforme (marktgerechte) Wirtschaftslenkung erforderlich."[3]

c) Die Marktwirtschaft "setzt eine gesunde Eigentumsverteilung voraus."[4]

Diese Vorstellungen besagen, daß der Wettbewerbsfreiheit der Vorzug gebührt vor Kartellierungen, Konzernierungen und sonstigen Arten wirtschaftlichen Zusammengehens, und daß lediglich eine notwendige, zugleich aber auch marktkonforme staatliche Wirtschaftslenkung wettbewerbsregulierend erfolgen soll. Darüber hinaus haben wir uns zu vergegenwärtigen, daß die bestehenden Macht- und Konzentrationsverhältnisse als "ungeheuerlich" empfunden werden. Ferner muß in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, daß das "Subsidiaritätsprinzip" in der katholischen Soziallehre eine eminente Rolle spielt[5], da durch seine Anwendung der geschichtlich nicht unbegründeten Gefahr begegnet werden soll, wonach monopolistische Machtentfaltung

---

1) Vgl. J. Höffner, Sozialethik und Wirtschaftsordnung, a.a.O., S. 29
2) "Gerechtigkeit schafft Frieden", 73. Deutscher Katholikentag 1949, Gesamtbericht, S. 248
3) J. Höffner, Sozialethik ..., a.a.O., S. 3o; derselbe, Wettbewerbsordnung und Wirtschaftsethik, in: Jahrbuch ..., a.a.O., S. 45 ff, 51 f
4) J. Höffner, Sozialethik ..., a.a.O., S. 29
5) vgl. J. Höffner, a.a.O., S. 22, 28, 51, 67, 24o; "Mater et magistra", a.a.O., Nr. 1o5 - 125

einen Gegenstoß staatlicher Lenkung verursacht.[1] Mithin folgt sowohl aus dem Gesamtzusammenhang als auch aus den Einzelaussagen, daß eine weiter so stark fortschreitende externe Konzentration, wie sie seit 1968 stattgefunden hat, mit den hier dargestellten Grundeinstellungen und Einzelzielen nicht vereinbar ist.

2. Die evangelische Kirche in ihrer Einstellung zur Konzentration

Auch die evangelische Kirche hat ihre grundlegenden Vorstellungen zur persönlichen Freiheit und der damit korrelierten Menschenwürde vor allem in der Überzeugung entwickelt, daß die zwei konträren Ideologien "Kommunismus" und "laissez-faire-Kapitalismus" dem Menschen zwar in unterschiedlicher Form Versprechungen machen, diese aber nicht zu halten vermögen. Verspricht der Kommunismus zunächst wirtschaftliche Gerechtigkeit und sieht er als Resultante der Revolution die Freiheit, so verspricht der laissez-faire-Kapitalismus die Freiheit und offenbart die Gerechtigkeit als Ergebnis eines freien Wirtschaftsprozesses.

Aus den nachweisbaren Fehlentwicklungen folgert die evangelische Kirche: "Es gehört zu der Verantwortung der Christen, neue schöpferische Lösungen zu suchen, die es nicht zulassen, daß Gerechtigkeit und Freiheit sich gegenseitig zerstören."[2] Folgerichtig wird die Menschenwürde als sozialethischer Grundbegriff "bestimmt durch das Miteinander von Freiheit und Verantwortung, Herrschaft und Dienst"[3], woraus für die Gesellschaft insgesamt der Schluß gezogen wird, daß sie nur dann verantwortlich existiert, wenn in ihr die Freiheit der Menschen als eine Freiheit gelebt wird, die sich "für Gerechtigkeit und

---

1) Vgl. J. Höffner, Wettbewerbsordnung ..., a.a.O., S. 46 f, 5o; derselbe, Sozialethik ..., a.a.O., S. 29
2) "Ergebnis der Untersuchung von Kapitalismus und Kommunismus", zitiert nach J. Weis, a.a.O., S. 39
3) E. Wolf, Evangelisches Soziallexikon, a.a.O., Sp. 866

öffentliche Ordnung verantwortlich weiß und in der jene, die politische Autorität oder wirtschaftliche Macht besitzen, Gott und den Menschen, deren Wohlfahrt davon abhängt, für ihre Ausübung verantwortlich sind."[1] Dabei wird noch der Standpunkt gefestigt, daß die Freiheit des einzelnen nicht unwesentlich davon abhängt, "über irdische Güter zu verfügen", also Eigentum mit allen daraus resultierenden persönlichkeitsfördernden Aspekten zu haben.[2]

Zugleich wird aber auch die Gefahr gesehen, die einer grundsätzlichen Bejahung des Eigentums und seiner entsprechenden privatrechtlichen Ausgestaltung nachfolgt, und darum "sind Bestrebungen und Entwicklungen, die auf eine immer stärkere Konzentration der Eigentumsrechte hinführen, bedenklich. Zwar ist die Entwicklung großer und größter Unternehmen aus Gründen der Rationalisierung und zur Durchführung von großen wirtschaftlichen Projekten oft unvermeidlich"[3], doch selbst für insoweit sachlich berechtigte Konzentrationsfälle wird im Sinne einer Gewaltenhemmung eine wesentliche Einschränkung gemacht. Denn zugleich ist um so mehr zu vermeiden, "daß auch die Anteilsrechte an diesen Unternehmen als privat- oder gemeinwirtschaftlicher Besitz in den Händen weniger zusammengeballt werden". Beide "Formen des Großeigentums vermenren die Gefahr, daß politische und wirtschaftliche Machtentfaltung in dieselben Hände geraten, statt sich gegenseitig in Schach zu halten."[4]

Abgesehen von diesen Fällen notwendiger Konzentrationen wird aber als wichtigste Voraussetzung zur Wahrung wirtschaftlicher Freiheit das Prinzip angesehen, dem einzelnen Gelegenheit zu geben, "- soweit er dazu willens und fähig ist -, selbständig und auf eigenes Risiko einen Beitrag zur Wirtschaft zu leisten."[5] Demzufolge ist also nur sachlich not-

---

1) Berichte der Vollversammlung des Ökumenischen Rates der Kirchen, Amsterdam 1948, zit. nach J. Weis, a.a.O., S. 38
2) vgl. Denkschrift des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Eigentumsbildung, o.O. 1961, Nr. 4, 5, 6
3) Denkschrift zur Eigentumsbildung, a.a.O., Nr. 27, 28
4) ibid.
5) ibid.; vgl. auch G. Weisser, Evangelisches Soziallexikon, a.a.O., Sp. 475

wendige Konzentration unter bestimmten restriktiven Bedingungen gegenüber dem Grundsatz der evangelischen Sozialethik legitimiert, wonach die Selbständigkeit des einzelnen zu fördern und zu wahren ist, "soweit sie sich wirtschaftlich vertreten läßt."[1)]

Nach G. Weisser folgt daraus für den Wettbewerb, daß er die Gesellschaft vor geballter wirtschaftlicher Macht zu sichern hat und seinerseits überall dort zu schützen ist, wo er naturgemäß der Verständigung der Konkurrenten ausgesetzt ist, oder wo "große wirtschaftliche Gebilde .. von sich aus den Wettbewerb in ihrem Wirtschaftszweig" ausschalten.[2)] In den modernen Marktwirtschaften gilt dieser Prozeß nicht nur als "in vollem Gang", sondern er wird nach Meinung von Weisser nicht einmal durch den "Übergang zu supranationalen Ordnungen des Wirtschaftslebens, wie der EWG, ... auf die Dauer und vollständig" gestoppt.[3)] Dem Staat fällt deshalb die Aufgabe zu, zu verhindern, "daß irgendein Zentrum wirtschaftlicher und sozialer Macht, das ein einseitiges Interesse vertritt, stärker wird, als er selbst"[4)].

Für das "Postulat der Freiheit" gilt in diesem Zusammenhang, daß dem einzelnen Konsumfreiheit unter dem Vorbehalt zusteht, daß auch die "von der Nachfrage" vernachlässigten kulturellen Anliegen und der "Gemeinbedarf" gesichert werden können.[5)] Darüber hinaus gebietet die Gerechtigkeit, "Willkür bei möglicherweise erforderlichen staatlichen Eingriffen" zu vermeiden wie auch "vor privater Manipulierungswillkür" zu schützen.[6)]

Im Vergleich zu den Aussagen und Stellungnahmen der katholischen Kirche ist es schwieriger, eine spezifische Einstellung der evangelischen Kirche gegenüber der wirtschaftlichen Konzen-

---

1) Denkschrift zur Eigentumsbildung, a.a.O., Nr. 27, 28
2) Evangelisches Soziallexikon, a.a.O., Sp. 1361
3) ibid.
4) Stellungnahme der Weltkirchenkonferenz von Evanston, zitiert nach J. Weis, a.a.O., S. 186
5) Evangelisches Soziallexikon, a.a.O., Sp. 1364
6) ibid.

tration nachzuweisen. Das liegt zunächst daran, daß die evangelische Kirche das Gemeinwohl stärker als die katholische Kirche betont und deshalb zur Förderung dieses Gemeinwohls auch Entwicklungen zu dulden bereit ist, die die Spielräume des einzelnen nicht unerheblich beeinträchtigen. So schreibt Fritz Ottel: "Monopolmißbräuche sollen unterdrückt werden ... Bisher hat noch kein Land der Erde eine auch nur annähernd als vorbildlich zu bezeichnende Monopolkontrolle zustande gebracht. Wirtschaftliche Macht hat es immer gegeben und wird es immer geben. Der rechte Gebrauch wirtschaftlicher Macht hängt" letztlich davon ab, "wer die größere Einsicht und die größere sittliche Verantwortung hat."[1)]

Aus dem Umstand aber, daß Konzentration grundsätzlich nur dort bejaht wird, wo sie auch sachlich notwendig ist, weil sie anderenfalls mit der Forderung kollidiert, nach der dem einzelnen Spielräume für eine selbständige wirtschaftliche Entwicklung zu gewähren sind, darf der Schluß gezogen werden, daß Zusammenschlußkriterien, die erst bei einem relativ hohen Umsatz der Zusammenschließenden eingreifen und darüber hinaus noch den relativen Nachweis der Marktbeherrschung verlangen, nicht zieladäquat sind. Sie können es auch deshalb schon nicht sein, weil sie von vornherein Marktbereiche ungeprüft entlassen, für die die Forderung nach "sachlicher Notwendigkeit und persönlicher Freiheit" ebenso gilt wie im großindustriellen Bereich.

3. Die Grundeinstellung der CDU/CSU zur Konzentration und wirtschaftlichen Macht

Der Standpunkt der CDU gegenüber wirtschaftlichen Machtzusammenballungen und besonders gegenüber Monopolen hat eine augenfällige Entwicklung durchlaufen. Zunächst war er sehr extrem und gipfelte in der Forderung nach Vergesellschaftung sowohl der stark konzentrierten Wirtschaftsbereiche als auch

---

1) Evangelisches Soziallexikon, a.a.O., Sp. 894

der Schlüsselindustrien.[1] Bemerkenswert ist dabei, daß dieses Ahlener Programm in einer Parteidokumentation zur "Geschichte der CDU" inhaltlich nicht mehr enthalten ist. Dies wird damit begründet, daß die extremen Forderungen des Ahlener Programms zum einen aus der seinerzeitigen wirtschaftlichen Not beurteilt werden müßten, und daß es zum anderen ohnehin nur ein Programm der CDU der britischen Besatzungszone gewesen sei. Von den damaligen extremen Forderungen abgesehen strebten aber nach wie vor alle weiteren Programme auch die Ziele an, die schon im Ahlener Programm enthalten gewesen seien.[2]

"Oberstes Ziel aller Politik, auch aller Wirtschafts- und Sozialpolitik ist das Wohl des einzelnen Menschen."[3] Die dafür notwendige Wirtschaftsordnung wird nach Auffassung der CDU am besten durch die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft gewährleistet, indem durch "echten Leistungswettbewerb und unabhängige Monopolkontrolle" Freiheit und Bindung zum Ausdruck kommen.[4] Dieser Leistungswettbewerb, definiert als die Belohnung der besseren Leistung bei gleichen Chancen und fairen Wettkampfbedingungen[5], soll durch die unabhängige Monopolkontrolle geschützt werden, die die "Monopole und Träger marktwirtschaftlicher Macht"[6] kontrolliert. "Denn sowenig der Staat oder halb öffentliche Stellen die gewerbliche Wirtschaft und einzelne Märkte lenken sollen, sowenig dürfen Privatpersonen und private Verbände derartige Lenkungsaufgaben übernehmen."[7]

Das in diesem Sinne und für diesen Bereich vorformulierte "Wohl des Ganzen" wurde auch im Hamburger Programm 1953 als Ziel der Politik herausgestellt und sollte gegen jedes "ein-

---

1) Vgl. Belege aus der programmatischen Erklärung des Zonenausschusses der CDU der britischen Zone auf der Tagung vom 1. bis 3. Februar 1947 in Ahlen
2) vgl. Dokumentation, Die Geschichte der CDU, 5.A., Bonn 1973, Einleitung
3) Dokumentation, a.a.O., S. 44; ebenso Deutschlandtagung der CDU/CSU Sozialausschüsse Anfang 1950, abgedr. bei J. Weis, a.a.O., S. 99
4) Aus den Düsseldorfer Leitsätzen der CDU (1949), in: Dokumentation, a.a.O., S. 45
5) ibid.
6) ibid., S. 46
7) ibid., S. 45

seitige Machtstreben von Interessengruppen" verteidigt werden. "Interessenparteien sind die Totengräber der staatlichen Ordnung."[1] Zur Erreichung und Durchsetzung dieser Vorstellungen sollte eine aktive Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik betrieben werden. Dabei wurden über den Gesichtspunkt, daß "eine gesunde Struktur unserer Gesellschaft .. eine wesentliche Grundlage freiheitlicher politischer Ordnung"[2] ist, neue Ansätze entwickelt, die den Standort gegenüber der Wettbewerbsstruktur präzisierten: "Die selbständige Ausübung seines Berufes muß jedem, der dazu den Mut und die Fähigkeit hat, ohne Erschwernisse erreichbar sein. Das erfordert die Herstellung gleicher Start- und Wettbewerbsbedingungen. Je größer die Zahl der am Wettbewerb beteiligten Selbständigen ist, um so besser funktioniert die Soziale Marktwirtschaft. Bundesregierung und Bundestagsfraktion werden aufgefordert, dem verstärkt Rechnung zu tragen."[3] Hier ist in aller Klarheit eine Marktstrukturaussage als Zielvorstellung formuliert, mit der die nach diesem Zeitpunkt eintretende Konzentration sowie die dadurch bedingte Eliminierung selbständiger Entscheidungseinheiten unvereinbar ist.

Auch die Grundsatzentschließung von Düsseldorf aus dem Jahre 1962 plazierte den Menschen im Mittelpunkt der sozialen Marktwirtschaft, forderte u.a. den Ausbau des Wettbewerbs durch eine Auswertung der Konzentrationsenquête, eine Verbesserung des Kartellgesetzes und schließlich die schrittweise Einbeziehung weiterer Wirtschaftsbereiche in die soziale Marktwirtschaft. Erneut wurde die Förderung junger Existenzen und die Ausweitung der Bereiche unserer Volkswirtschaft verlangt, in denen Selbständige tätig sein können.[4]

---

1) Das Hamburger Programm 1953, aus: Dokumentation, a.a.O., S. 59
2) Grundsatzentschließung von Karlsruhe 196o, aus: Dokumentation, a.a.O., S. 84
3) ibid., S. 84; damit übereinstimmend forderte seinerzeit das Ahlener Programm die unmittelbare Verhinderung von Zusammenballungen wirtschaftlicher Kräfte, durch die die wirtschaftliche oder politische Freiheit gefährdet werden könnte. Vgl. J. Weis, a.a.O., S. 43
4) ibid., S. 9o/91

Vergleicht man diese Aussagen und Stellungnahmen mit dem Berliner Programm von 1971 und den jüngsten Beschlüssen des 22. Bundesparteitages in Hamburg vom 18. - 2o. November 1973, so kann zunächst eine Kontinuität der Grundsätze festgestellt werden. Die "Soziale Marktwirtschaft" wird nicht nur voll bestätigt, sondern es wird zugleich darauf hingewiesen, daß sie "privilegienfeindlich" sei und sich gegen jeden staatswirtschaftlichen Dirigismus wende.[1] Auch der Wettbewerb wird wieder als das "leistungsfähigste ökonomische Lenkungsinstrument" angesehen, dem deshalb eine überragende gesellschaftspolitische Funktion zukomme, weil er u.a. auch der Machtkonzentration entgegenwirke.[2] Soweit der Wettbewerb dazu nicht in der Lage sei, sollten die notwendigen Bedingungen gegebenenfalls geschaffen werden. Die in diesem Zusammenhang über die Wettbewerbspolitik getroffenen Aussagen sind allerdings komplex und enthalten nicht unwesentliche Zielkonflikte, die das Programm selbst nicht eindeutig löst.

Zunächst soll die "nationale Wettbewerbspolitik .. entsprechend der europäischen Entwicklung und fortschreitenden Öffnung der Märkte ausgestaltet werden"[3], wobei die "Konzentrationsbewegung in der weltweit orientierten Wirtschaft .. da ihre Grenzen finden (muß), wo der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird."[4] Zur Kontrolle wird diesbezüglich ein "an Weisungen nicht gebundenes Kartellamt" gefordert, dem ein "Widerspruchsrecht gegen wettbewerbsbeschränkende Konzentration und Preisabsprachen"[5] eingeräumt wird. Aus diesen For-

---

1) Das Berliner Programm, verabschiedet auf dem 18. Bundesparteitag vom 25. - 27. Januar 1971 in Düsseldorf, Nr. 61, Dokumentation, a.a.O., S. 146; zu den entsprechenden Beschlüssen des Hamburger Parteitages vgl. die Wiedergabe in "Das Berliner Programm - Mit Beschlüssen des Hamburger Parteitages 1973" Hrsg. CDU - Bundesgeschäftsstelle, 53 Bonn 1974, S. 66 ff, 75
2) ibid., S. 151
3) ibid.
4) ibid., S. 152
5) ibid.

derungen ist zu entnehmen, daß die Wettbewerbspolitik der Marktentwicklung bis zur Größenordnung eines Weltmarktes Rechnung tragen soll. Allerdings soll auch die "weltweit" orientierte Wirtschaft, und damit der Bereich der Großindustrie, dann an weiterer Konzentration gehindert werden, wenn der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Nun bedeutet diese Hervorhebung im Programm jedoch keinesfalls, daß ansonsten die Konzentration unbehelligt bleiben soll. Vielmehr muß die allgemeine Forderung nach einem Widerspruchsrecht des Kartellamtes als die grundsätzlichere Aussage verstanden werden, die lediglich gegenüber dem Weltmaßstab der Großindustrie bekräftigt wird. Ansonsten entstünde ein unüberwindlicher Widerspruch zu der Bejahung der sozialen Marktwirtschaft überhaupt und der These, daß der Wettbewerb der Machtkonzentration entgegenwirke. Ebenso wäre die Wettbewerbsforderung im Sinne von verbesserten Marktzutrittsmöglichkeiten widersinnig, wenn zugleich die Verkrustung der Märkte im Wege einer allgemeinen Konzentration zugelassen würde.

Die programmatischen Forderungen auch dieses Programmes gehen demnach nicht nur von der Notwendigkeit aus, die Konzentration im großindustriellen Bereich zu verhindern, sondern sie verlangen ihre Unterbindung generell, soweit Wettbewerbsbeschränkungen auf relevanten Märkten zu erwarten sind. Eine so grundsätzliche Forderung wird auch nur dem eigentlich gestellten Ziel gerecht, wonach der Mensch im Mittelpunkt aller Bemühungen einer sozialen Marktwirtschaft stehen soll: "Wir betrachten eine breite Schicht von Selbständigen, ihnen vergleichbaren Führungskräften in der Wirtschaft und freiberuflich Tätigen als wesentliches Element unserer marktwirtschaftlichen Ordnung. Wir wollen eine ausgewogene marktgerechte Struktur von Klein-, Mittel- und Großunternehmen."[1] Besonders diese Zielvorstellung ist aber auf ein allgemeingültiges Instrument der Konzentrationskontrolle angewiesen und impliziert notfalls die Unterbindung der Fusionen. Zugleich verlangt die CDU/CSU aber auch in dem hier vertretenen Sinne die Beseitigung

---

1) Dokumentation, a.a.O., S. 152

aller konzentrationsfördernden Impulse: "Die Steuer- und Soziallasten müssen wettbewerbsneutral gestaltet sein. Rationalisierung und Eigenkapitalbildung der mittelständischen Unternehmen sind zu erleichtern; die Beteiligungsfinanzierung ist zu verbessern; das Beratungs- und Informationswesen, die Fortbildung sowie Forschungs- und Entwicklungsvorhaben sind zu fördern. Durch zinsgünstige Kredite für die Gründung selbständiger Existenzen sollen die Startchancen verbessert werden."[1] In völliger Übereinstimmung mit diesen Thesen und Zielen verlangt auch die Mittelstandsvereinigung der CDU/CSU "neue gesetzgeberische Initiativen zur Verbesserung der Wettbewerbsordnung durch Verhinderung weiterer den Wettbewerb beschränkender Konzentrationen und zur Unterbindung des unlauteren Wettbewerbs."[2]

Mit all diesen Ansätzen, Forderungen und Zielen ist jedoch eine Fusionskontrolle nicht in Einklang zu bringen, die von vornherein die Mehrzahl der Märkte über zu hoch angesetzte Aufgreifkriterien der unbeeinflußbaren Konzentration überläßt. Damit ist vor allem der mittelständische Bereich der Bildung unerwünschter Marktmacht über externes Wachstum ausgesetzt. Hinzu kommt, wie wir noch sehen werden, daß die vorliegende Fusionskontrolle selbst im Bereich der von ihr gesetzten Größenordnungen einen effizienten Wettbewerbsschutz im Sinne der hier nachgewiesenen Forderungen nicht erfüllen kann.

4. Die SPD und die wirtschaftliche Machtkonzentration

Wie die anderen bisher zitierten Gruppen, so will auch die SPD mit ihrer Wirtschaftspolitik kein Ziel an sich verfolgen, sondern "die wirtschaftliche Befreiung der Persönlichkeit" erreichen. "Die Politik der Sozialdemokratie will die Aktivierung der Menschen bei der Gestaltung ihres Schick-

---

1) Dokumentation, a.a.O., S. 153
2) Leitsätze der Mittelstandsvereinigung der CDU/CSU, verabschiedet von der Außerordentlichen Delegiertenversammlung der Mittelstandsvereinigung der CDU/CSU am 4. Oktober 1972 in Bonn, S. 6

sals."[1] Deshalb sollen die Sozial-, Wirtschafts- und Finanzpolitik zusammenwirken, um die Existenz, Freiheit und Würde aller Menschen zu sichern; "es wird jedoch keine Freiheit geben, die Freiheit zu vernichten."[2] Daraus wird speziell für die Wirtschaftspolitik die Forderung abgeleitet, daß der Wirtschaftsablauf durch Verbindung volkswirtschaftlicher Planung mit einzelwirtschaftlichem Wettbewerb neu zu ordnen sei und mit besonderer Intensität die "Bekämpfung des unkontrollierten Einflusses von Interessentengruppen auf die Wirtschaftspolitik" betrieben werden müsse.[3] Echter Leistungswettbewerb sei in allen dafür geeigneten Wirtschaftszweigen zu fördern, doch dazu bedürfe es einer "aktiven Wettbewerbspolitik aus einem Guß".[4] Darunter versteht die SPD: "Gewerbefreiheit, gleicher Schutz für alle wettbewerbsfördernden Unternehmenstypen, gesetzliche Beschränkungen und Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen, Genehmigungspflicht und öffentliche Aufsicht für alle wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlüsse ..."[5]

Diese klare Forderung nach einer generellen Fusionskontrolle wird auch hier unmittelbar mit besonderen Mittelstandsanliegen verbunden. "Die Sozialdemokratie wird das kleine und mittlere Privateigentum fördern; diese Eigentumspolitik ermöglicht die wirtschaftliche Existenz einer breiten Schicht von selbständig Schaffenden."[6] Und wie die CDU/CSU fordert auch die SPD den in diesem Zusammenhang notwendigen Abbau konzentrationsfördernder Tatbestände, wenn sie feststellt: "Die heute übliche Kreditpraxis verlangt übersteigerte und zum Teil unerfüllbare Sicherungen. Deshalb müssen mehr als bisher Personalkredite gewährt werden ... Durch diese Maßnahmen werden auch für Unselbständige die Möglichkeiten der Gründung selbständiger wirtschaftlicher Existenzen verbessert."[7]

---

1) Aktionsprogramm der SPD vom 28. September 1972 in Dortmund, aus: 1863 - 1963, Programme der Deutschen Sozialdemokratie, Hannover 1963, S. 12o
2) ibid., S. 135
3) ibid., S. 141
4) ibid., S. 143
5) ibid.
6) ibid., S. 147
7) ibid., S. 149/15o

Das Godesberger Programm von 1959 geht von denselben Grundlagen aus und verfolgt dieselben Ziele: "Denn die Würde des Menschen liegt im Anspruch auf Selbstverantwortung ebenso wie in der Anerkennung des Rechtes seiner Mitmenschen, ihre Persönlichkeit zu entwickeln und an der Gestaltung der Gesellschaft gleichberechtigt mitzuwirken."[1] Da aber in "der vom Gewinn- und Machtstreben bestimmten Wirtschaft und Gesellschaft .. Demokratie, soziale Sicherheit und freie Persönlichkeit gefährdet" sind, "muß sich jede Macht öffentlicher Kontrolle fügen."[2] Unter Bekennung zum Grundgesetz bejaht das Programm im Rahmen der Wirtschaftspolitik "den freien Markt, wo immer Wettbewerb herrscht" und beschränkt den Staat "im wesentlichen auf Methoden der mittelbaren Beeinflussung der Wirtschaft", also ebenfalls auf marktkonforme Maßnahmen.[3] Zugleich wird aber besonders die Gefahr der "ständig sich verstärkenden" Konzentration betont, die insbesondere "die Struktur von Wirtschaft und Gesellschaft" verändere.

Diesbezüglich werden drei Aspekte der Konzentration herausgearbeitet und zwar die Beziehungen zum Menschen, zum Markt und zum Staat: "Wer in den Großorganisationen der Wirtschaft die Verfügung über Millionenwerte und über Zehntausende von Arbeitnehmern hat, der wirtschaftet nicht nur, er übt Herrschaftsmacht über Menschen aus; die Abhängigkeit der Arbeiter und Angestellten geht weit über das Ökonomisch-Materielle hinaus."[4] Wie das Großunternehmen auf diese Weise einengender auf die Lebensverhältnisse zumindest der unmittelbar Abhängigen wirkt, so schränkt es auch den "freien Wettbewerb" ein. Denn "wer nicht über gleiche Macht verfügt, hat nicht die gleiche Entfaltungsmöglichkeit, er ist mehr oder minder unfrei, und die schwächste Stellung hat der Mensch als Verbraucher."[5] Schließlich wird auch der Staat durch solche Entwicklungen un-

---

1) Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, beschlossen vom außerordentlichen Parteitag der SPD in Bad Godesberg vom 13. - 15. November 1959, in: 1863 - 1963, a.a.O., S. 185 ff, 187
2) ibid., S. 188
3) ibid., S. 194
4) ibid., S. 194/195
5) ibid.

mittelbar in Mitleidenschaft gezogen, denn mit "ihrer durch Kartelle und Verbände noch gesteigerten Macht gewinnen die führenden Männer der Großwirtschaft einen Einfluß auf Staat und Politik, der mit demokratischen Grundsätzen nicht vereinbar ist. Sie usurpieren Staatsgewalt. Wirtschaftliche Macht wird zu politischer Macht."[1)]

Ein solcher Prozeß wird als eine Herausforderung all derer angesehen, "für die Freiheit und Menschenwürde, Gerechtigkeit und soziale Sicherheit die Grundlagen der menschlichen Gesellschaft sind", so daß die "Bändigung der Macht der Großwirtschaft ... zentrale Aufgabe einer freiheitlichen Wirtschaftspolitik" sein muß, damit "Staat und Gesellschaft .. nicht zur Beute mächtiger Interessengruppen werden."[2)] Zwar fehlen dem Godesberger Programm spezifische Forderungen und Vorschläge, die sich gegen die Entstehung der Macht richten, doch insoweit auftretende Unklarheiten werden spätestens durch den Parteitag von Karlruhe vom 23. bis 27. November 1964 und die dort aufgestellten Forderungen ausgeräumt. Unter Hinweis auf die Aktivitäten der seinerzeitigen CDU/FDP-Koalitionsregierung, die "sich jedoch in den entscheidenden Punkten nicht gegen die massiven Forderungen der Interessenten in den Fraktionen der Koalitionsparteien durchsetzen" konnte, forderte dieser Parteitag unter Bezug auf das Godesberger Programm ganz konkret u.a.: Die "Verschärfung der Bestimmungen zur Kontrolle wirtschaftlicher Macht" sowie eine "Genehmigungspflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen, wenn diese Zusammenschlüsse zu einer marktbeherrschenden Stellung führen oder diese verstärken."[3)] Haben schon die grundsätzlichen Äußerungen des Godesberger Programms zum Wettbewerb, zur Freiheit und zur wirtschaftlichen Macht eine Zieladäquanz der jetzigen Fusionskontrolle und ihrer Aufgreifkriterien ausgeschlossen, so wird auch der letzte Zweifel durch die Forderungen dieses Partei-

---

1) Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 195
2) ibid.
3) Zitiert nach J. Weis, a.a.O., S. 2o1/2o2

tages beseitigt, der eine generell formulierte Zusammenschlußkontrolle mit dem Eingreifkriterium der Marktbeherrschung verlangt.[1)]

5. Die FDP in ihrer Einstellung zur Konzentration

Der Versuch, der FDP einen Standort gegenüber dem hier interessierenden Problemkreis nachzuweisen, ist weitaus schwieriger als in den vorangegangenen Fällen, wenngleich auch die FDP davon ausgeht, daß "Freiheit der Persönlichkeit und Wahrung der Menschenwürde .. die Grundsätze (sind), nach denen das Zusammenleben der Menschen gestaltet werden muß."[2)] Dabei wird stark betont, daß "wahre Freiheit ... nie Schrankenlosigkeit sein" kann, sondern vielmehr "ihre Grenzen in der Freiheit des Nächsten, der selbstverständlichen Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft und in der Bindung an die Sittengesetze" hat.[3)] Um "soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit und wachsenden Wohlstand" erreichen zu können, bedarf es nach Meinung der FDP einer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, die nicht nur auf der Freiheit der Persönlichkeit, sondern auch auf "dem Privateigentum und dem Leistungswettbewerb" aufbaut.[4)] Deshalb will die FDP auch "die dem Gesamtwohl dienende freie Marktwirtschaft unbeirrt weiterentwickeln".[5)] Ähnlich stark wie die SPD betont sie dabei, daß die "Stabilerhaltung der Währung" Grundelement "einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung" ist.[6)]

Die spezifische Unklarheit dieser Äußerungen im Hinblick auf das Konzentrationsproblem bedarf allerdings einer Interpretation, die berücksichtigt, daß die FDP "das in staatsfrem-

---

1) Vgl. auch die Stellungnahme des Sprechers der SPD-Fraktion H. Lenders, Wettbewerb und Unternehmerinitiative, marktwirtschaft 1970, Nr. 5, S. 14 ff, bes. 15 f
2) Berliner Programm der FDP 1957, Hrsg. Bundesparteileitung der FDP, Bonn, zit. nach J. Weis, a.a.O., S. 45
3) ibid., S. 67
4) ibid., S. 160
5) ibid., S. 192
6) ibid.

de Bereiche ausgewucherte öffentliche Vermögen, wozu auch das staatliche Bauvermögen gehört, schrittweise dem Steuerzahler wieder zur Verfügung stellen" will und der Meinung ist, daß der Staat "mit der Wirtschaft, dem Handwerk und Handel nicht im Wettbewerb" stehen darf.[1] Wenn wir überdies die der liberalen Grundeinstellung entsprechende These der FDP hinzuziehen: "Wir brauchen viel weniger Staat, als wir uns einbilden"[2], so wird evident, daß der FDP eine möglichst beschränkte Eingriffsmöglichkeit des Staates bei Fusionen als sachgerechte Lösung erscheinen wird, weil die FDP tendenziell dazu neigt, jede freiheitliche, wenn auch gegenüber Dritten freiheitsbeschränkende Entwicklung zu tolerieren, soweit diesem Prozeß keine Willkür innewohnt.

Wollte man die FDP an den hier zitierten Äußerungen messen, so dürfte die Kriterienkombination der Fusionsregelung schon eher eine Übererfüllung der Forderungen sein. Allerdings hat sich der ehemalige Standpunkt der FDP in erheblichem Maße geändert. So stellen die Freiburger Thesen zur Gesellschaftspolitik von 1971[3] zunächst fest, daß "oberste Ziele liberaler Gesellschaftspolitik ... die Erhaltung und Entfaltung der Individualität persönlichen Daseins und der Pluralität menschlichen Zusammenlebens" sind.[4] Dabei wird aber kein Zweifel daran gelassen, daß diese Zielvorstellung nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber der Gesellschaft gültig sein soll.[5] Als oberste Voraussetzungen für die Realisation dieser Ziele werden "geistige Freiheit und die Prinzipien der Toleranz und der Konkurrenz" angesehen.[6] Zugleich wird aber eingestanden, daß dieser Zielverwirklichung die Ergebnisse der bisherigen Entwicklung teilweise entgegenstehen. "Die geschichtliche

---

1) Berliner Programm, a.a.O., zit. nach J. Weis, a.a.O., S. 218
2) ibid., S. 192
3) Die Freiburger Thesen der F.D.P. zur Gesellschaftspolitik, beschlossen auf dem F.D.P.Parteitag vom 25. - 27. Oktober 1971 in Freiburg, Hrsg. Bundesvorstand der F.D.P., Bonn, Bonner Talweg 57
4) These 1, a.a.O., S. 8
5) vgl. Vorbemerkung, a.a.O., S. 6 sowie die Erläuterung zu These 1
6) These 2, a.a.O., S. 9

Leistung des Liberalismus war die Freisetzung des Menschen für die Entwicklung der modernen Industriegesellschaft. Der Kapitalismus hat, gestützt auf den Wettbewerb und Leistungswillen des Einzelnen, zu großen wirtschaftlichen Erfolgen aber auch zu gesellschaftlicher Ungerechtigkeit geführt."[1)]

Aus dieser Diagnose leitet die FDP nunmehr die Notwendigkeit einer liberalen Reform des Kapitalismus ab, die "die Aufhebung der Ungleichgewichte des Vorteils und der Ballung wirtschaftlicher Macht, die aus der Akkumulation von Geld und Besitz und der Konzentration des Eigentums an den Produktionsmitteln in wenigen Händen folgen"[2)], beseitigen soll. Die Erläuterung zu dieser These stellt unmißverständlich klar, daß es gezielter staatlicher Gegenmaßnahmen "mit den Mitteln des Rechts" bedarf, "wo Ziele liberaler Gesellschaft durch den Selbstlauf der privaten Wirtschaft nicht erreicht werden können, wo somit von einem freien Spiel der Kräfte Ausfallerscheinungen oder gar Perversionstendenzen ... drohen ..."[3)] Hierzu werden sowohl die "Tendenzen zur Akkumulation des privaten Kapitals ... wie die Tendenzen zur Konzentration des privaten Eigentums an den Produktionsmitteln"[4)] gerechnet. Die Lösung dieser Probleme wird schließlich als die Lösung der "Freiheitsfrage schlechthin"[5)] angesehen.

Daraus folgt: "Liberale Reform des Kapitalismus verlangt demnach ein gesellschaftspolitisches Programm, das an den kritischen Punkten des kapitalistischen Systems mit gezielten Maßnahmen ansetzt, die geeignet sind, ebenso die Leistungsfähigkeit dieses Wirtschaftssystems zu erhalten und zu steigern, wie seine Menschlichkeit zu gewährleisten und sicherzustellen."[6)] Gemessen an diesen programmatischen Thesen der FDP scheint aber die vorliegende Fusionskontrolle keineswegs mehr

---

1) These 4, a.a.O., S. 13
2) ibid.
3) Erläuterungen zu These 4, a.a.O., S. 14
4) ibid.
5) ibid., S. 15
6) ibid.

zieladäquat zu sein. So gingen denn auch die Wahlaussagen und -forderungen der FDP, an denen sie sich selber unter dem Schlagwort "versprochen - gehalten" mißt[1], unter Anerkennung der Freiburger Thesen weiter; sie stellten fest: "Der Wettbewerb ist ein wirksames Mittel zur Begrenzung wirtschaftlicher Macht. Wirksamer Wettbewerb fördert auch die Preisstabilität, weil Maßnahmen zur Intensivierung des Wettbewerbs einen Druck auf Kosten, Preise und Gewinne ausüben und somit zur Bekämpfung von Preissteigerungen beitragen. Aus diesen Gründen hat der Staat den Wettbewerb zu sichern und für seine Wiederherstellung zu sorgen, soweit er zu Lasten des Verbrauchers aufgehoben oder erheblich eingeschränkt ist. Gegen wettbewerbsverfälschende Konzentrationen ist schnellstens die vorbeugende Fusionskontrolle einzuführen, kartellähnliche Absprachen sind in das allgemeine Kartellverbot einzubeziehen."[2] Diese Vorstellungen sieht die FDP auch in der Regierungserklärung angesprochen, wonach die "Verschärfung des Wettbewerbs .. dem Interesse des Bürgers" dient; "wer den Wettbewerb einschränkt, braucht sich nicht zu wundern, wenn die marktwirtschaftlichen Prinzipien in Mißkredit geraten."[3]

In der Tat bestehen keine Bedenken, in beiden Aussagen parallele Grundkonzepte zu erblicken. Denn auch die Wahlaussage der FDP richtet sich in allgemeiner Form gegen "wettbewerbsverfälschende" Konzentration und will aus diesem Grund gleichzeitig kartellähnliche Absprachen in das allgemeine Kartellverbot einbeziehen. Wenn sich aber ein allgemeines, an der Wettbewerbsbeschränkung orientiertes Kartellverbot gegen Verfälschungen der Marktprozesse richtet, so ist nicht einzusehen, warum sich eine Fusionskontrolle nicht ebenso allgemein gegen wettbewerbsbeschränkende Konzentrationen richten sollte. Und auch eine "Verschärfung" des Wettbewerbs im Sinne der Regierungserklärung ist als Ziel nicht mit einer Fusionskontrolle

---

1) "Versprochen - gehalten", 5. Ausgabe, Hrsg. Vorstand der F.D.P.-Bundestagsfraktion, Bonn
2) vgl. "Stichworte zur Wirtschafts-, Finanz- und Agrarpolitik", 1973, Heft V, Hrsg. F.D.P. Bundestagsfraktion, Bonn
3) Regierungserklärung 1969, aus "Stichworte ...", a.a.O., S. 74

vereinbar, die nur in Teilbereichen der Wirtschaft als Mittel zur Zielerreichung einsetzbar ist. Dabei hat sich gerade die FDP bei der von ihr angestrebten Reform des Kapitalismus einer Feststellung von Friedrich Naumann zu erinnern, die gerade gegenüber der Industrie eine unabhängige Haltung fordert: "So viel ist sicher, daß der Liberalismus als Gesamterscheinung zu Ende ist, wenn er gegenüber der Macht des Großbetriebes aus Furcht oder Mangel eines neuen freiheitlichen Gedankens sich tatenlos und programmlos zurückzieht."[1)]

6. Der Deutsche Gewerkschaftsbund und sein Verhältnis zur wirtschaftlichen Konzentration

Auf der Suche nach der Ausgangsposition, die der Einstellung zur wirtschaftlichen Macht zugrunde liegt, stoßen wir beim DGB auf die These: "Unsere Zeit verlangt vor allem die demokratische Gestaltung des gesellschaftlichen, kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Lebens, damit jeder Mensch seine Gaben nützen, seine Persönlichkeit frei entwickeln und verantwortlich mitentscheiden kann."[2)] In einer Lageanalyse wird jedoch auch hier festgestellt, daß "die Ungerechtigkeit der Einkommens- und Vermögensverteilung, die Abhängigkeit vom Marktgeschehen, von privater Wirtschaftsmacht und die Ungleichheit der Bildungschancen .. nicht überwunden" sind.[3)] Vielmehr habe die Entwicklung in der Bundesrepublik "zu einer Wiederherstellung alter Besitz- und Machtverhältnisse geführt. Die Großunternehmen sind erstarkt, die Konzentration des Kapitals schreitet ständig fort."[4)]

Daraus wird gefolgert, daß sich "der einzelne in zunehmendem Maße den Bedrängnissen der modernen Arbeitswelt und neuen wirtschaftlichen, sozialen und politischen Abhängigkei-

---

1) Freiburger Thesen, a.a.O., S. 16
2) Grundsatzprogramm des Deutschen Gewerkschaftsbundes, beschlossen auf dem außerordentlichen Bundeskongreß des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 21. und 22. November 1963 in Düsseldorf, Hrsg. DGB-Bundesvorstand, Nachdruck 1973, S. 5
3) Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 4
4) ibid.

ten ausgesetzt sieht."[1] Mithin sei die Aufgabe gestellt, den einzelnen "sozial zu sichern und eine Gesellschaftsordnung zu erkämpfen, die allen die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit ermöglicht."[2] Daraus wird für den Bereich der Wirtschaftspolitik geschlossen, daß sie sich am Gesamtwohl zu orientieren habe und "neben Vollbeschäftigung und stetigem Wirtschaftswachstum auch die Stabilität des allgemeinen Preisniveaus anstreben und sicherstellen (muß), daß Kosteneinsparungen durch Preissenkungen an die Verbraucher weitergegeben werden."[3] Zugleich wird es als notwendig erachtet, die Richtung der wirtschaftlichen Entwicklung auf allen Gebieten frühzeitig zu erkennen und "vorausschauend und planmäßig Maßnahmen gegen nachteilige volkswirtschaftliche und soziale Folgen zu treffen."[4]

Hierbei wird als besondere Schwierigkeit herausgestellt, daß eines der "charakteristischen Merkmale der modernen Industriegesellschaft der fortschreitende Konzentrationsprozeß in der Wirtschaft (ist), der in den Großunternehmen und Unternehmensgruppen zu einer Machtzusammenballung ungewöhnlichen Ausmaßes führt."[5] Aus dieser Tatsache wird die Gefahr wirtschaftlichen und politischen Machtmißbrauchs abgeleitet und die Forderung erhoben: "Der demokratische Staat hat die Pflicht, diesen Mißbrauch zu verhindern."[6]

Dieser allgemeine Ansatz wird bezüglich der Wettbewerbspolitik konkretisiert, indem zur Kontrolle wirtschaftlicher Macht "die Beseitigung konzentrationsfördernder Rechtsvorschriften ..., die wirkungsvolle Ausgestaltung der Monopol- und Kartellkontrolle"[7] gefordert wird. Dabei soll nach Ansicht des DGB die "Kartellgesetzgebung .. auf dem Verbotsprinzip aufbauen."[8] Trotz all dieser konkreten Forderungen ist doch auf-

---

1) Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 3
2) ibid.
3) ibid., S. 7
4) ibid., S. 6
5) ibid., S. 7
6) ibid.
7) ibid., S. 9
8) ibid.

fallend, daß dem Programm jede Aussage fehlt, die die Entstehung wirtschaftlicher Macht durch externes Wachstum zu verhindern sucht. Da die ersten Gedanken zu einer Fusionskontrolle so alt sind, wie die ersten Überlegungen zu einem Kartellgesetz, kann diese Tatsache auch nicht mit dem Erscheinungsjahr des Programmes zusammenhängen. Auch eine Suche in älteren programmatischen Äußerungen und Stellungnahmen wird keinen entsprechenden Hinweis ergeben.

Erst die genauere Beschäftigung mit dem Grundsatz- und Mitbestimmungsprogramm erklärt, warum der DGB bei seinen pointierten Einstellungen gegen wirtschaftliche Macht bis in die neuere Zeit immer nur eine Mißbrauchskontrolle, nicht aber auch eine Fusionskontrolle forderte. Selbst zu einer Zeit, als die Diskussion um die Fusionskontrolle voll im Gange war, beschäftigte er sich unter dem Thema "Mitbestimmung bleibt die Forderung Nummer eins" nur mit der Verhinderung des Machtmißbrauchs.[1] Deshalb ist der Eindruck nicht von der Hand zu weisen, daß sich selbst die aktuelle Gewerkschaftsvorstellung nicht nur dem Konzentrationsprozeß nicht sonderlich entgegenstellt, sondern ihn teilweise als geboten ansieht: "Wo immer heute Engpässe entstehen oder eine Branche in Schwierigkeiten gerät, sei es bei der Kohle, im Schiffsbau, der Stahlindustrie oder auch der Landwirtschaft, ist die Antwort: Konzentration! Viele, vielleicht sogar die wichtigsten Versorgungs- und Produktionsprobleme lassen sich zur Zeit offenkundig nur mit Hilfe großer Gesellschaften und straff durchorganisierter Verwaltungen lösen ... Es wachsen vor allem die Beschäftigtenzahlen in den Großunternehmen. Gegenüber diesen gigantischen Verkör-

---

1) "Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei betont: Die Ziele gewerkschaftlicher Wirtschaftspolitik, nämlich Vollbeschäftigung, stetiges Wachstum, gerechte Einkommens- und Vermögensverteilung, Stabilität des Geldwertes, Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht ..., diese Ziele der gewerkschaftlichen Wirtschaftspolitik bleiben unverändert bestehen.", aus: Gewerkschaftspolitik - Beitrag zur Gesellschaftsreform, Referat, gehalten vor dem 9. Ordentlichen Bundeskongreß am 28.6.1972 in Berlin von H.O. Vetter, Hrsg. Deutscher Gewerkschaftsbund

perungen von Beziehungen, Wissen und Leistungsfähigkeit ist der einzelne Mitarbeiter in einer schier hoffnungslosen Situation, es sei denn, er kann die gleichen Gesetzmäßigkeiten für sich arbeiten lassen, die auch die großen Unternehmen groß machen."[1)]

Aus dieser Lageanalyse wird sowohl von Storck als auch vom DGB die These abgeleitet: "Wenn demnach im Zusammenhang mit der Mitbestimmung überhaupt von Machtgebilden gesprochen werden kann, so im Sinne von Gegenmacht gegen die bisherige Vorherrschaft des organisierten Kapitals ..."[2)] "Der wachsenden Konzentration wirtschaftlicher und politischer Macht der Unternehmer haben wir (aber) eine leistungsfähige und starke Organisation entgegenzustellen."[3)] Damit liegt die Vermutung nahe, daß der DGB die Konzerne und Großunternehmen als Alibifunktion benötigt, um sein Mitbestimmungsprogramm begründen und durchsetzen zu können. Bei offensichtlicher Priorität dieser Konzeption kann demnach aus dieser Perspektive eine weitere Konzentration nur willkommen sein, weil sie eine noch umfassendere Durchsetzung des Mitbestimmungskonzeptes erlaubt. So arbeitet auch der DGB mit aller Deutlichkeit die Gesetzmäßigkeiten der Großunternehmen und ihre komplexe Stellung heraus[4)], um dann zu folgern: "Für solche Großunternehmen wird wegen ihrer gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Relevanz die qualifizierte Mitbestimmung gefordert. Die großen Unternehmen sind, wenn sie auch zahlenmäßig nicht überwiegen, wesentliche Träger des Wachstums und repräsentativ für eine hochindustrialisierte Wirtschaft. Sie bestimmen entscheidend die wirtschaftliche und auch die politisch-soziale Entwicklung. Sie beschäftigen Zehntausende von Menschen, prägen das Leben

---

1) H. Storck, Mitbestimmung - ein evangelischer Beitrag, Schriftenreihe Mitbestimmung des DGB, Hrsg. Deutscher Gewerkschaftsbund, Düsseldorf 1969, S. 13
2) Mitbestimmung, eine Forderung unserer Zeit, Hrsg. Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand, Düsseldorf 1971, S. 44; vgl. auch H.O. Vetter, Gewerkschaftspolitik ..., a.a.O., S. 13
3) H.O. Vetter, a.a.O., S. 3 "Gegenmacht zur Unternehmerschaft."
4) Mitbestimmung, eine ..., a.a.O., S. 18; Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 9, 4

ganzer Kommunen und Regionen und üben Einfluß auf eine Vielzahl von kleinen Unternehmen aus. Für kleine Unternehmen müssen andere Formen gewählt werden ..., so daß hier die Verbesserung des Betriebsverfassungsgesetzes von großer Bedeutung sein wird."[1] Zugleich betont der DGB aber, daß diese angeführten Punkte noch dadurch an Bedeutung gewinnen, "daß durch den ständig fortschreitenden Konzentrationsprozeß immer mehr Leitungsmacht in immer weniger Händen vereinigt wird. Dadurch hat sich die Zahl der Unternehmen, die unter die Ausweitung der qualifizierten Mitbestimmung fallen würden, von etwa 4oo um 1965/66 auf jetzt schon über 5oo erhöht."[2]

Aufgrund dieser Aussagen und Feststellungen muß davon ausgegangen werden, daß die Gewerkschaften gegenüber der Konzentration eine Einstellung haben, die mit der Verfolgung ganz spezifischer Ziele, nämlich der qualifizierten Mitbestimmung verknüpft ist. Diese Verknüpfung besteht in der Weise, daß erst hochkonzentrierte Industriezweige der Gewerkschaft die Argumente und formelle Legitimation an die Hand geben, eine qualifizierte Mitbestimmung zu fordern. Von dieser Mitbestimmung erhoffen sie sich eine umfassende, neue Einflußsphäre neben bereits bestehenden Einflußmöglichkeiten, so daß die Forderung selbst als ein spezielles, institutionelles Ziel verstanden werden muß - gleichgültig, ob sie von der Mehrzahl der organisierten Arbeitnehmer getragen wird oder nicht. Wenn aber der Konzentrationsprozeß aufgrund einer so speziellen Interessenlage als Katalysator für die Einführung der qualifizierten Mitbestimmung angesehen wird[3], so kann die bisher dargestellte Einstellung des DGB zum Konzentrationsprozeß und einer reinen Mißbrauchsregelung nur bedingt als repräsentativ angesehen werden.

---

1) Mitbestimmung ..., a.a.O., S. 22; vgl. auch Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 9
2) Mitbestimmung ..., a.a.O., S. 22
3) allerdings kommt noch die Überführung solcher Industrien in Gemeineigentum in Betracht, vgl. Grundsatzprogramm, a.a.O., S. 9; ferner J. Weis, a.a.O., S. 219; Ziele und Funktionen der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, Hrsg. DGB Bundesvorstand, Nov. 1972

So haben dann auch die aktuellen Diskussionen um die Einführung und Ausgestaltung einer Fusionskontrolle den DGB nicht aus der Notwendigkeit entlassen, dazu Stellung zu nehmen. Dabei betont der DGB, daß der seinerzeitige Entwurf der Bundesregierung vom 22. Januar 1970 weder die Aufgabe einer Prävention erfülle noch durch die Höhe der vorgesehenen Kriterien dem Wettbewerbs- und Konzentrationsproblem genüge.[1] Wenn wir in diesem Zusammenhang einmal von der offensichtlich gehegten Priorität für eine umfassende Mitbestimmungsregelung absehen, so bleibt gegenüber der Fusionsregelung die klare Feststellung des DGB, daß sie gegenüber seinen entsprechenden Vorstellungen vorbehaltlich seines Mitbestimmungsanliegens unteroptimal ist. In einer Konkretisierung der Vorstellungen des DGB fordert auch Peschel, daß "die Fusionskontrolle nur oberhalb gewisser Größenkriterien ansetzen (müsse), wenn der Arbeitsanfall nicht die Kartellbehörde blockieren und damit die Kontrolle in Verruf bringen soll; sie sollten aber keinesfalls höher angesetzt sein, als die Kriterien des heutigen § 23 GWB. Sie bewirkten zuletzt rund 160 Anmeldungen jährlich, die durchaus zu bewältigen sind. Eine Senkung dieser Kriterien wäre dem Ziel einer Verhinderung wesentlicher Wettbewerbsbeschränkungen sicher adäquat. Wieweit sie praktikabel sein könnte, sollte von der Kartellbehörde umgehend geprüft werden."[2]

7. Der BDI und seine Ansicht zur Konzentration

Nach einer Stellungnahme des BDI zur Zweiten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen[3] ist eine Hemmung der Konzentrationsprozesse nur mit Nachteilen für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl verbunden; oder, anders aus-

---

1) Vgl. Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zu ersten Überlegungen des Bundeswirtschaftsministeriums für eine Novellierung des Kartellgesetzes, in: Fusionskontrolle ..., a.a.O., S. 212 f

2) P. Peschel, Deutscher Gewerkschaftsbund, Modernisierung des Wettbewerbsrechts verlangt Fusionskontrolle, marktwirtschaft 1970, Nr. 4, S. 15 f

3) teilweise abgedruckt in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 203 ff

gedrückt, weitere Konzentration ist unbedingt notwendig. Dabei beruft sich der BDI auf die bereits diskutierten Gründe wie "optimale Unternehmensgröße"[1], "Dirigismus im Sinne einer Marktinkonformität"[2], die Verhinderung der europäischen Integration[3], das Problem internationaler Größe[4] und schließlich die andersartigen ausländischen Regelungen.[5] Bemerkenswert, wenn nicht entlarvend, ist die Tatsache, daß nach Ansicht des BDI in Deutschland im Gegensatz zu den USA kein Anlaß zu der Annahme besteht, daß Unternehmer aus "kaufmännisch-spekulativen und anlagepolitischen Erwägungen" oder gar aus Gründen einer persönlichen Marktstrukturpolitik fusionieren könnten.[6] Eine "nähere Untersuchung von Zusammenschlüssen im Bereich der Großunternehmen" würde vielmehr "zu dem Ergebnis führen, daß ihnen betriebswirtschaftlich, unternehmenspolitisch und in aller Regel auch volkswirtschaftlich billigenswerte Zwecke zugrunde liegen."[7]

Eine genauere Analyse dieser These führt jedoch dazu, daß die Argumentation des BDI gegenüber diesem Konzentrationsgesichtspunkt und der daraus gefolgerten Abwehr staatlichen Handelns in sich widersprüchlich ist. Denn immer wieder versucht der BDI, gerade die gesamtwirtschaftliche Notwendigkeit der Konzentration aufzuzeigen[8], weist aber zugleich auf der anderen Seite darauf hin, daß es einer Aufsichtsbehörde nicht möglich sei, "künftige Marktentwicklungen in ihre Überlegungen" einzubeziehen; "denn sie sind zu einer vorausschauenden Sicht gar nicht in der Lage. Dies ist allenfalls der Unternehmer, weil dessen Erfolg gerade wesentlich von seinem Gespür und Fingerspitzengefühl für die Zukunft abhängt."[9] Daher sei auch die Behauptung unzutreffend, daß eine Behörde für die Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses prädestiniert sei.[10]

---

1) Teilweise abgedruckt in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 207
2) ibid., S. 203, 209
3) ibid., S. 204, 209
4) ibid., S. 207, 210
5) ibid., S. 208
6) ibid., S. 207
7) ibid., S. 208
8) ibid., S. 204, 206, 208
9) ibid., S. 205/206
10) ibid.

Diese Argumentation veranlaßt zu folgender Kritik. Zunächst gibt sie zu, daß unternehmerische Entscheidungen auch falsch sein können, so daß auch ein Zusammenschluß selbst aus rein einzelwirtschaftlicher Perspektive - wie wir es schon nachgewiesen haben - nicht unbedingt erfolgreich und gerechtfertigt sein muß. Zum anderen wird durchaus sachgerecht festgestellt, daß der berühmte "Oberregierungsrat" einer Aufsichtsbehörde nicht einzelwirtschaftliche Marktentscheidungen treffen könne und solle. Damit wird aber ungewollt auch die Frage aufgeworfen, wer für die Realisierung der gesamtwirtschaftlichen Aspekte entscheidungskompetent ist. Gegenüber diesem Problem ist nun aber der Unternehmer derjenige, der nur bedingt tauglich und kompetent ist, weil er eben primär einzelwirtschaftliche, nicht aber gesamtwirtschaftliche Ziele und Vorstellungen realisiert. Wäre dies nicht so, so wäre es nicht nötig gewesen, das System der klassischen Marktwirtschaft in das einer "sozialen" Marktwirtschaft zu transformieren, wie es auch das immer stärker in den Vordergrund tretende Problem sozialer Kosten gar nicht geben könnte. Da wir in den bisherigen Überlegungen überdies feststellen mußten, daß Zusammenschlüsse gesamtwirtschaftlich nachteilige Folgen haben können, selbst wenn sie einzelwirtschaftlich vorteilhaft sind, bedarf es notwendigerweise einer kompetenten Stelle, die dieses Dilemma nach vorgegebenen Entscheidungsgrundsätzen im Einzelfall löst. Die Entscheidung über solche Situationen, die u.a. den Wettbewerb als allgemeingültiges Regulativ betreffen, sind von so hohem öffentlichen Interesse, daß die Beurteilung der Bedingungen, unter denen Wettbewerb wirksam ist und bleibt, nicht den Unternehmern überlassen bleiben kann.[1)] Immerhin repräsentieren diese diejenige Gruppe von Marktteilnehmern, die in besonderem Maße der Versuchung unterliegt, durch wirtschaftliche Macht den Wettbewerb zu beschränken. Diese Argumente wiegen schließlich um so mehr, wenn mit dem BDI anerkannt werden muß, daß gesamtwirt-

---

1) Vgl. E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 32, 34; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 193

schaftlich schädlichen Zusammenschlüssen überdies selbst noch die einzelwirtschaftliche Nützlichkeit fehlen kann.

Doch bei solchen Zusammenhängen sucht der BDI Fehlermöglichkeiten stets nur auf der bekämpften Seite: "Eine Konzentrationskontrolle greift in den freien Wirtschaftsablauf ein und führt durch Fehleinschätzungen künftiger Entwicklungen zu marktwirtschaftlich fehlerhaften Ergebnissen. Sie ist selbst dann als Staatsdirigismus zu werten, wenn sie in der guten Absicht ausgeübt wird, den Wettbewerb zu schützen. Die Möglichkeit, mit der Kontrolle wettbewerbsfremde Ziele durchzusetzen, sei nur angedeutet."[1)]

Gegenüber solchen rein interessenbezogenen, vordergründigen und nur anscheinend gesamtwirtschaftlich orientierten Argumentationen[2)] gilt die Feststellung Barnikels zu gleichartigen Argumenten Sölters: "Mit der Einseitigkeit der Argumentation vertraut, muß man zu der Überzeugung kommen, daß die Diskussion sinnlos ist. Man kann nur darüber nachdenken, warum so argumentiert wird. Das Marketingkonzept, das dahintersteckt, ist verhältnismäßig leicht zu durchschauen, denn es wird nicht zum ersten Male angewandt. Denken wir nur an das Zustandekommen des GWB. Es waren nicht nur die von der Sache her zu bewältigenden Schwierigkeiten, weshalb sich die Ausarbeitung der einzelnen Vorschriften und die Verabschiedung des Gesetzes über sieben Jahre hinzogen."[3)] In der Tat ist die Gleichförmigkeit der Taktik des BDI überraschend. Auch gegenüber dem § 1 GWB war das Vorgehen völlig gleichartig aufgebaut. "Der BDI war der beständigste Gegner der Bemühungen der Regierung, ein wirksames Anti-Kartell-Gesetz zustande zu bringen. Er setzte alle verfügbaren Kräfte und Druckmittel ein, um zunächst das Gesetzgebungsverfahren auszusetzen und anschließend seine wesentlichen Bestimmungen abzuändern."[4)] Genauso ist auch die

---

1) Stellungnahme, a.a.O., S. 209
2) vgl. zu ähnlichen Versuchen des BDI G. Braunthal, a.a.O., S. 75 ff
3) H.H. Barnikel, Wenn es um Machtfragen geht, a.a.O., S. 43; ähnl. W. Kartte, Umstrittene Kartellnovelle, marktwirtschaft 1971, Nr. 1/2, S. 21 f, 21
4) G. Braunthal, a.a.O., S. 236, Übersetzung vom Verfasser

heutige Argumentation gegenüber der Fusionskontrolle aufgebaut. Zunächst wird jede Berechtigung zu einer Kontrolle verneint und ihre Einführung als unverhältnismäßig deklariert[1], um schließlich für den Fall des Falles die Einzelheiten der beabsichtigten Regelung auseinanderzunehmen.[2]

Noch bemerkenswerter ist jedoch die grundsätzliche Gleichartigkeit der Argumente selbst: "Upon learning the details of the bill, the BDI launched a massive counterattack. Its own position, then and later, was as follows: it favored a bill incorporating the principle of cartel control, registration, and publicity, and the right of the government to take action against any firm abusing the principles of a free economy - but not the right of the government to prohibit cartels outright, which would amount to discrimination against industry. The BDI defended cartels for their moderating effect on business cycles, and for their preservation of small business. It took note of the exigencies of increasing economic integration in western Europe - which, it argued, could be achieved only if there were less competition between enterprises. It cited other western European nations where cartels were regulated but not prohibited, and the United States, where the prohibition of cartels was considered to be ineffective."[3]

Formell und materiell völlig gleichartig präsentiert sich auch die Meinung des Deutschen Industrie- und Handelstages gegen eine Fusionskontrolle.[4] Hingegen wird sie von der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. begrüßt, die schon seit langem dieses Instrument gefordert hatte.[5]

---

1) Stellungnahme des BDI, a.a.O., S. 2o4, 2o5, 211
2) ibid., S. 211 f
3) G. Braunthal, a.a.O., S. 237/238; vgl. zur aktuellen Kritik am BDI und seinen Verbänden auch I. Schmidt, Fusionskontrolle ..., a.a.O., S. 24; B. Griesbach, Wettbewerb um Wettbewerb, 1. Folge, Fusionskontrolle, marktwirtschaft 1971, Nr. 8, S. 15 ff, 17 f
4) aus der Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelstages vom 15. Januar 197o betreffend Vorarbeiten für ein zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedr. in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 213 ff, 216 ff
5) vgl. Auszüge aus der Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V., ibid., S. 2oo ff, 2o1/2o2

II. Zusammenfassung und Einordnung dieser Vorstellungen in den Rahmen grundgesetzlicher Wertungen

Diese skizzierten Vorstellungen der Parteien, Kirchen und Verbände können allerdings nur dann sinnvoll für einen maßstäblichen Vergleich herangezogen werden, wenn sie nicht nur in dem schon entwickelten Sinne politisch-mehrheitlich relevant sind, sondern wenn sie selbst Wertbestandteil unserer rechtlichen Grundordnung sind. Da aber das Grundgesetz hinsichtlich der Markt- und Wirtschaftsverfassung zu wenig ins Detail geht und deshalb zu wenig konkrete Anhaltspunkte bietet, muß auch in seinem Rahmen auf ähnlich grundsätzliche Wertvorstellungen zurückgegriffen werden, wie sie bei den untersuchten Gruppen festgestellt werden konnten.

1. Die Grundrechte als Werte allgemeiner Bedeutung

Wie sich aus Art. 1 GG ergibt, ist auch für die Wertordnung des Grundgesetzes die Würde des Menschen Ziel und Grenze allen staatlichen Handelns.[1] Durch die darauf gegründete wertgebundene Ordnung soll zunächst die öffentliche Gewalt begrenzt und zugleich "die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortung und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden."[2] Für die Ordnung zwischen dem Staat und dem einzelnen folgen daraus die elementaren Prinzipien der Demokratie[3] sowie des Rechts-[4] und Sozialstaates.[5] Doch nicht nur im Verhältnis des Staates zum Bürger hat das Grundgesetz eine Wertrelation aufstellen wollen, sondern auch im Verhältnis der Bürger zueinander. Wie auf der einen Seite gefordert wird, daß dem ein-

---

1) BVerfGE 5/85 ff, 2o4
2) BVerfGE 2/1 ff, 12 f; 5/85 ff, 2o4 ff; 6/32 ff, 4o
3) Art. 2o Abs. I GG, vgl. dazu BVerfGE 1/14 ff, 41; 5/34 ff, 42; 5/85 ff, 198; 8/1o4 ff, 112; 13/54 ff, 82; 15/65 ff, 166
4) Art. 2o Abs. I-IV, vgl. dazu BVerfGE 7/89 ff, 92; 15/313 ff, 319; 2/38o ff, 4o3; BVG MDR 1968, S. 559; BVerwGE 21/142 ff, 145
5) Art. 2o Abs. I, Art. 15, vgl. dazu BVerfGE 17/21o ff, 216; BVerwG MDR 1966, S. 534 ff, 535; U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 63 ff; zu den vorangegangenen Anmerkungen insgesamt: R. Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts ..., a.a.O., S. 41 ff, 54 f

zelnen um seiner Würde willen "eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden"[1] muß, so ist das Menschenbild des GG doch nicht das eines isolierten, souveränen Individuums. Vielmehr hat das GG "die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."[2]

Dieses aus einer Gesamtschau der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 2o GG gefolgerte Ergebnis des BVerfG bedingt aber, daß sich der einzelne diejenigen Schranken gefallen lassen muß, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des jeweils allgemein Zumutbaren zieht, soweit "dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt."[3] Allerdings beschreiben auch diese Ausführungen nur die Möglichkeiten und Wirkungen staatlicher Maßnahmen im Hinblick auf die Beschränkung des Individuums, aus ihnen lassen sich aber nicht unmittelbare Zielvorstellungen gegenüber dem Phänomen wirtschaftlicher Macht entnehmen.

Es könnte jedoch daran gedacht werden, die Grundeinstellungen der Verfassung gegenüber politischer Macht auf private Macht zu übertragen. Gegen jede derartige Argumentation scheint aber zunächst die Tatsache zu sprechen, daß sich die Verfassungsnormen nach herkömmlicher Auffassung allein auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat beziehen, weil sie das Ergebnis eines jahrhundertelangen Ringens um die Abgrenzung der einander relativierenden Sphären des Staates und der Privaten sind. Gleichwohl muß die Existenz dieser Ergebnisse und damit die verfassungsmäßige Kodifikation dieser Werte jedoch um so mehr Gewicht auch für das interpersonelle Verhältnis der Bürger zueinander bekommen, desto mehr die neuere und jüngste Zeit vor allem von der Zunahme der Freiheitsgefährdung durch nichtstaatliche Macht gekennzeichnet ist. Damit ist gleichzeitig der allzu oft vergessenen und hier mehrfach herausgestellten

---

1) BVerfGE 5/2o4
2) BVerfGE 4/15
3) ibid.; P. Bockelmann, Die Prinzipien des Rechtsstaates und die gegenwärtige Entwicklung, Universitas 1973, S. 759 ff, 76o f

Tatsache Rechnung getragen, daß das Rechtssystem und die Gesellschaftsordnung nur dann widerspruchsfrei existieren können, wenn sie sich immer wieder von derselben Wertordnung ableiten, die auch der obersten Normenebene, der Verfassung, zugrunde liegt.[1] Dürfen somit in Anerkennung historischer Prozesse einerseits nicht die Ebene des Verfassungs- und des Privatrechts dergestalt miteinander verwoben werden, daß Verfassungsgrundsätze interpersonell unmittelbar anwendbare Rechtsnormen sind, so ist doch andererseits das Bestehen der Verfassungsnorm und ihrer Wertentscheidung Auslegungshilfe wie auch Maßstab für die Bestimmung und Verwirklichung privater Rechte und Rechtspositionen.

Dieser Beziehungszusammenhang war ebenso Grundlage für die Drittwirkungstheorie der Grundrechte[2] wie auch für die Anerkennung der zivilrechtlichen Generalklauseln als Einbruchsstellen der Verfassung in die Sphäre des Privatrechts.[3] Auch das BVerfG hat in diesem Zusammenhang anerkannt, daß die Wertordnung des GG "selbstverständlich auch das bürgerliche Recht beeinflusse" mit der Maßgabe, daß "keine bürgerlichrechtliche Vorschrift .. im Widerspruch zu ihm stehen (darf), jede muß in seinem Geist ausgelegt werden."[4] Doch wie der Leitsatz Nr. 2 dieser Entscheidung zeigt, ist ein Einbruch und somit ein Wirksamwerden der Wertordnung des GG keineswegs nur über die Generalklauseln gemeint. Über sie ist die unmittelbare Realisierung dieser Wertordnung lediglich als "besonders" leicht möglich angesehen.[5] Ebenso ergreift diese Wertordnung "vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters".[6] "Der Richter hat

---

1) Vgl. H. Merz, Kartellrecht ..., a.a.O., S. 227, 228
2) vgl. zum Verhältnis der Drittwirkungslehre zur "Wirtschaftsverfassung" W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München-Berlin 1960, S. 181 ff; H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, a.a.O., S. 78 ff, 262, 426, 605 ff, 619 ff, 647 ff; J. Plaßmann, Wettbewerbspolitische Leitbilder ..., a.a.O., S. 787
3) vgl. H. Merz, a.a.O., S. 233
4) BVerfGE 7/198 ff, 205; vgl. auch 12/113 ff, 124; 13/318 ff, 325; 18/85 ff, 92
5) BVerfGE 7/198 ff, 206
6) ibid., S. 198, Leitsatz Nr. 2

kraft Verfassungsgebotes zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflußt sind; trifft das zu, dann hat er bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebenden Modifikationen des Privatrechts zu beachten. Dies ist der Sinn der Bindung auch des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 III GG)."[1] Damit steht aber die Einheit der Gesamtrechtsordnung fest;[2] ein Dualismus in der Rechtsmoral innerhalb der Gesamtordnung ist ausgeschlossen.[3]

Von diesem Standpunkt ausgehend ergibt sich aber, daß nicht nur die Jurisdiktion als ein Element innerhalb der geteilten Gewalten angesprochen sein kann, die Wertvorstellung des Grundgesetzes bis hin in das Privatrecht durchzusetzen, sondern daß dies dann ebenfalls für die Exekutive und die Legislative gilt. Denn auch der in seiner Gewalt geteilte Staat ist als Einheit zu begreifen.[4] Dann aber wird der zunächst nur zwischen dem Staat und dem einzelnen Subjekt als Abgrenzungskriterium verwendete Wertgesichtspunkt der Grundrechte zu einem über diesen Aspekt hinausgehenden Wert allgemeiner Bedeutung. Die Grundrechte als besonders hervortretende Wertentscheidungen sind deshalb neben den sonstigen Wertentscheidungen der Verfassung auch als allgemein geltende Institute anzusehen. Denn gerade der Gedanke, daß die in ihnen enthaltenen Wertvorstellungen aus der rein historischen Funktion einer Abgrenzung zwischen Staat und Bürger herauswachsend auch zwischen den Bürgern selbst zu gelten haben, erhebt sie über

---

1) BVerfGE 7/198 ff, 2o6; 18/85 ff, 92
2) Art. 95 GG, vgl. auch BFH BStBl III 1962/3o5; K.H.v. Köhler, Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, NJW 1971, S. 118 ff; W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, passim; R. Marcic, Die bedingte Natur des positiven Rechts, JZ 196o, S. 198 ff, 2oo f
3) vgl. auch Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 2.A., Berlin-München 1963, Art. 1 Abs. III, Nr. 127 ff, 132
4) vgl. R. Laun, Allgemeine Staatslehre, 9.A., Schloß Bleckede/Elbe, § 26

die spezifische Funktionalität eines Abgrenzungsmerkmals zu einem allüberall geltenden Wert an sich. Sobald diese Schlußfolgerung bejaht wird, erwächst für den Staat die Verpflichtung, die Realisation dieser Werte nicht nur im Verhältnis gegen sich, sondern auch im interpersonellen Bereich zu betreiben.[1)]

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, daß eine solche institutionelle Auslegung der grundrechtlichen Normen ihren freiheitlichen Gehalt begrenzen müßte.[2)] Vielmehr ist aufgrund nachfolgender Überlegungen eher das Gegenteil der Fall. Für die Behandlung des Problems einer angeblich freiheitsbeschränkenden Wirkung durch eine institutionelle Auslegung der Grundrechte eignen sich besonders die Art. 12 und 2 Abs. I GG, die vor allem die im Zusammenhang mit ökonomischen Problemen stehende wirtschaftliche und berufliche Handlungsfreiheit sichern. Auch Art. 14 GG ist in diesem Zusammenhang eine Norm, die die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf der Grundlage der Privatrechtsordnung postuliert und damit den marktwirtschaftlichen Ablauf weitgehend privatwirtschaftlich begründet.[3)]

Wie sähe es nun aber aus, wenn beispielsweise Art. 12 GG allein im Verhältnis Staat - Bürger Geltung hätte und nicht als ein institutioneller und damit allgemein zu realisierender Wert? Der Tatsache, daß der einzelne gegenüber dem Staat Abwehrrechte hätte, stünde die Möglichkeit entgegen, daß private Wirtschaftsmacht diese Freiheitsspielräume zerstör-

---

1) So wohl auch Scheuner: "Indes reicht doch die Wirkung der einzelnen Grundrechte noch weiter. In den meisten grundrechtlichen Normen steckt neben der Sicherung individueller Freiheit auch ein Element der Gewährleistung institutioneller Ordnungen des Rechtslebens." Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 31; ähnl. H.F. Zacher, Aufgaben einer Theorie ..., a.a.O., S. 98/99

2) vgl. H.H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968, S. 111 ff

3) vgl. U. Scheuner, a.a.O., S. 31; BVerfGE 1/264; 2/38o; 3/58 ff, 153; 13/225 ff, 229; BGHZ 15/17 ff, 19 f; 45/15o ff, 155

te.[1] Die im Grundgesetz zum Ausdruck gekommenen Freiheitsprinzipien erlangen also nur dann tatsächlich prinzipielle Bedeutung, wenn ihnen auch ein Schutzzweck und eine Schutzwirkung gegen "Verbände und gesellschaftliche Mächte" innewohnt.[2] Der Einwand einer freiheitsbeschränkenden institutionellen Auslegung übersieht nämlich, daß der Freiheitsbegriff in jedem lebendigen Interaktionssystem paradox ist. Erst die Errichtung von Freiheitsbeschränkungen schafft Freiheiten.[3] Denn dieselbe allgemeingültige Rechtstatsache, die den einen hindert, Dritten eine Sache wegzunehmen, schafft ihm zugleich gegenüber anderen die unantastbare Dispositionsbefugnis über seine eigenen Sachen und damit Freiheit. Die Gewährleistung solcher Freiheiten wird somit auch zu einem Merkmal der Gerechtigkeit; "Erst die Freiheit ist das Dasein des Rechts."[4] In diesem allgemeinen Konflikt der einzelnen Freiheiten liegen deshalb zwar Schwierigkeiten für den Vollzug des u.E. klaren Verfassungsauftrages, die grundrechtlichen Werte auch im interpersonellen Bereich zu schützen. Aus diesen typischen Konfliktsituationen kann aber keinesfalls ein Einwand gegen die institutionelle Auslegung der Grundrechte konstruiert werden. Vielmehr scheint uns gerade in einer solchen organischen Sicht aller Ordnungen auch der Ansatz zu liegen, das virulente Problem einer Wirtschaftsverfassung bei gleichwertiger und organisch interdependenter Berücksichtigung des staatsrechtlichen und wirtschaftsrecht-

---

1) Vgl. F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950, S. 64 f; E. Fechner, Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, Tübingen 1954, S. 16 ff; W. Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957, S. 23 ff; E. Koch, Freiheit und Wettbewerb, in: Böhm II, S. 269 ff, 270; H.H. Barnikel, Kartelle in Deutschland - Entwicklung, theoretische Ansätze und rechtliche Regelungen, in: Theorie und Praxis der Kartelle, Hrsg. H.H. Barnikel, Darmstadt 1972, S. 4 ff, 47

2) vgl. H.H. Barnikel, Kartelle ..., a.a.O., S. 47; F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 184 ff, 322 ff; O. Bachof, Freiheit des Berufes, in: Die Grundrechte, 3 I, Handbuch für Theorie und Praxis, Hrsg. K.A. Bettermann u.a., Berlin 1958, S. 155 ff, 164; R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 600; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 194, 195 f

3) vgl. E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 2.A., München 1971, S. 43

4) vgl. allgemein R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 3.A., München 1971, S. 165

lichen Sinngehaltes der Verfassung zu lösen.[1)]

Übertragen wir solche Interdependenzen der Freiheitsräume zunächst auf den agierenden Unternehmer, so wird auch dort unbestreitbar sein, daß die faktische Ausnutzung der Entfaltungsfreiheit des einen ceteris paribus identisch ist mit der Einschränkung der Freiheitsspielräume der anderen. Überall aber, wo in diesem Sinne die Selbstverwirklichung des einen identisch ist mit der Beschränkung oder gar existentiellen Vernichtung anderer tritt irgendwann ein Schwellenwert ein, von dem an dieser Prozeß als unerträglich empfunden wird. Hierbei konkretisiert sich lediglich auf einer "moderneren Ebene" das historische Problem der zunehmenden Staatsmacht gegenüber dem einzelnen. Gegen jene wurden ursprünglich die Grundrechte erdacht und durchgesetzt. Die durch diese Rechte zu schützenden Werte werden heute in einem völlig analogen Prozeß aufs Neue usurpiert, wobei der einzige Unterschied darin besteht, daß an die Stelle der historischen staatlichen Macht mittlerweile die Macht Privater getreten ist.[2)] Wenn aber die subjektive Freiheit der Wert war, um den gerungen und zu dessen Schutz die Grundrechte etabliert wurden, dann muß folgerichtig auch anerkannt werden, daß gegenüber diesem subjektiven Freiheitsanspruch immer nur das Maß der Beeinträchtigung dieses Anspruchs, also eine Quantität wesentlich ist. Hingegen kann es nicht auf die juristische Qualität des Machtträgers ankommen, der die Freiheitsbeschränkung verursacht. Jedes bestimmte quantitative Maß an Beeinträchtigung des allgemein geltenden Wertes

---

1) Zur jüngsten Auseinandersetzung mit mehreren Ansätzen aus jeweils anderer Perspektive vgl. E.-J. Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Böhm II, S. 383 ff, 386 f, der aus dieser Auseinandersetzung zu Recht folgert: "Die Lehre von der Wirtschaftsverfassung enthält den Vorschlag, das Ökonomische in den Wirklichkeitsbezug der Verfassungstheorie aufzunehmen, damit es nicht zum Politischen ... wird." S. 419 a.E.

2) Vgl. P. Bockelmann, Recht und Sicherheit in der heutigen Entwicklung, Universitas 1973, S. 1191 ff, 1192; vgl. auch F. Böhm, Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd 1, Karlsruhe 1961, S. 3, 12: "Das Problem der ökonomischen Macht ist gleichbedeutend mit dem Problem der privaten Macht. Das ist aber seiner Natur nach ein rein verfassungsrechtliches Problem."

Freiheit muß demnach zu einer Abwehrreaktion des Beeinträchtigten führen, gleichgültig ob der Verursacher dieser Beeinträchtigung der historische Gegner Staat oder der aktuelle Gegner Privatmacht ist.

Da aber der Staat nachweislich berufen ist, die Grundrechte und insbesondere die Würde des Menschen als oberste Werte zu akzeptieren und ihnen Geltung zu verschaffen, kann wegen der Unteilbarkeit dieser Werte und der Übertragung der allgemeinen Regelungsgewalt auf den Staat der verfassungsmäßige Auftrag nur dahin lauten, diese Werte staatlicherseits in jeder Rechtssphäre zu schützen. Es ist Sache des Rechts, den Vorrang des Stärkeren zu brechen und Sicherheit und Freiheit für jedermann zu garantieren.[1] Dabei ist es verständlich, daß diejenigen, gegen deren Macht sich ein solcher Auftrag richtet, heute ebenso wenig eine Berechtigung dafür anerkennen wollen, wie die seinerzeit Mächtigen innerhalb des historischen Prozesses die Notwendigkeit von Grundrechten akzeptieren wollten. Nur wenige vermögen selbsteinsichtig die Notwendigkeit einer Regelung zu erkennen, die ein Recht schützen will, das ihnen aufgrund ihrer eigenen Stärke und Macht ohnehin zur unbegrenzten Wahrnehmung und Ausweitung verfügbar ist.[2] Und dieses Unverständnis der Privilegierten wird noch stärker sein, wenn die beabsichtigte Regelung zugunsten Dritter gerade diese Privilegien beschränkt. In solchen Fällen ist dann bemerkenswert, daß gerade von den negativ Betroffenen gerne das Grundgesetz zur Erhaltung des status quo ex ante herangezogen wird. Dabei wird verkannt, daß dieses Grundgesetz die Grundrechte dem Bürger eben "nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und somit auch

---

1) Vgl. P. Bockelmann, Recht ..., a.a.O., S. 1192; H.F. Zacher, Aufgaben ..., a.a.O., S. 99 "Und das Chaos mißbrauchter Freiheiten bedroht die Gemeinschaft, die allein sie gewähren kann."

2) vgl. K.H. Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Böhm I, S. 113 ff, 134; L. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff, 160

im öffentlichen Interesse"[1] gegeben hat. Das Grundgesetz sieht den Menschen nicht als isoliertes Einzelwesen, "sondern als verantwortlich lebendes Glied dieser Gemeinschaft."[2]

2. Zur Notwendigkeit der Grundrechtsdurchsetzung im privaten Rechtsbereich

Wie das Grundgesetz von einer Gleichheit der Bürger zunächst im Verhältnis zum Staat ausging, so basierte auch die Privatrechtsordnung auf der Annahme, daß die Privatrechtssubjekte gleich sind. Erst die Prämisse einer solchen "Bürgergleichheit"[3] versetzt das subjektive Recht in die Lage, die den Individuen zugestandenen Rechtssphären gegeneinander abzugrenzen und zu schützen. Andererseits hat aber dieses System privater Rechte die wenigsten Regulatoren, um ungleichgewichtige Entwicklungen aus sich heraus zu eliminieren. Lediglich die schon angeführten Generalklauseln beinhalten über die direkte Einwirkung grundgesetzlicher Wertvorstellungen gewisse Selbststeuerungskräfte. Von diesen Möglichkeiten des Privatrechtssystems abgesehen muß aber jede Machtkonzentration als eine "Störung der Gleichheit aller Privatrechtssubjekte" angesehen werden. Immerhin ist die Chancengleichheit kein Zustand, der lediglich erwünscht wäre, ohne für den Gerechtigkeitsgehalt der Privatrechtsordnung wesentlich zu sein. Vielmehr ist das subjektive Recht eines der Instrumente, die der Verwirklichung "einer herrschaftsfreien Ordnung unter gleichen Bürgern" dienen sollte.[4] Da aber das gesamte Recht unter dem Vorbehalt der Werte des Grundgesetzes steht, gehört die Verhinderung solcher rechts- und chancenbeschränkenden Prozesse ebenso zur Aufgabe des Staates, wie er sie über die Einbruchsstellen der Generalklauseln innerhalb des Zivilrechts bereits in einem bestimmten Umfange wahrnimmt. Folglich ist die Aufgabe der Durchsetzung dieser Wertordnung im Privatrecht nicht

---

1) BVerwGE 14/21 ff, 25
2) ibid.; ebenso BVerfGE 4/15; 7/323
3) vgl. dazu R. Wiethölter, Die Position ..., a.a.O., S. 117
4) K.H. Biedenkopf, Über das Verhältnis ..., a.a.O., S. 135

als partikulär und auf die Generalklauseln beschränkt anzusehen, sondern lediglich in der Art der Durchsetzung ist zu differenzieren. Denn im Bereich der Generalklauseln kann diese Aufgabe im Wege der grundgesetzkonformen Auslegung unmittelbar durch das Privatrecht erfüllt werden.[1] Außerhalb dieser Bereiche sind hingegen spezielle Vorschriften erforderlich, die die unerträglichen Störungen z.B. der Chancengleichheit bzw. die ihnen zugrunde liegenden Entwicklungen unterbinden.[2] Unter Anwendung der hier begründeten institutionellen Interpretation der Grundrechte ergibt sich dann in diesem Zusammenhang die umfassende Pflicht des Staates zum Schutze und zur Förderung der freiheitlichen Ordnung.

Dabei wird sich die entsprechende staatliche Einwirkung typischerweise als Individualbeschränkung im Verhältnis Staat - Bürger darstellen. Sie muß deshalb mit dem Gewicht der sie tragenden Gründe des Allgemeinwohls im Sinne der Durchsetzung der allgemein anerkannten obersten Wertvorstellungen gegenüber dem zu beschränkenden Einzelrecht abgewogen werden. Doch wenn unter Berücksichtigung dieser Abwägung die Einschränkung legitim ist, dann wird sie als notwendige Gestaltung und Durchsetzung beispielsweise des Freiheitsrechtes grundlegende Bedeutung erlangen. Im hier erörterten Zusammenhang ergibt sich eine solche Bedeutung stets dann, wenn der Bildung von Machteinflüssen in der Wirtschaft entgegengetreten wird, und wenn dadurch das Freiheitsrecht nicht nur für einzelne, sondern für weite Kreise verwirklicht wird.[3] Gerade im Wirtschaftsleben darf dieser dem Staat erteilte Auftrag gestal-

---

1) Vgl. U. Scheuner, Wirtschaftslenkung ..., a.a.O., S. 34
2) vgl. in diesem Sinne K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, a.a.O., S. 149; R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, a.a.O., S. 157; J.P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, S. 161 f
3) vgl. zum Gesamtproblem P. Häberle, Die Wesensgarantie ..., a.a.O., S. 18 ff; H.F. Zacher, Freiheitliche Demokratie, München-Wien 1969, S. 113 ff; P. Saladin, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 307 ff; J.P. Müller, Die Grundrechte ..., a.a.O., S. 77 ff, 177 ff; R. Wiethölter, Die Position ..., a.a.O., bes. S. 47 ff; K.H. Biedenkopf, Über das ..., a.a.O., S. 113 ff

tender Art nicht übersehen werden, weil seine Wahrnehmung identisch ist mit der Gewährleistung der Grundrechte als einer allgemeingültigen und unverbrüchlichen Wertordnung.[1)]

Von diesem Standpunkt ausgehend kann festgestellt werden, daß die Verhinderung wirtschaftlicher Konzentration - auch dort, wo die Konzentration in erster Linie mit den Mitteln des Privatrechts erfolgt - als eine Aufgabe des Staates kraft grundgesetzlichen Auftrages anzusehen ist.[2)] Dann bestehen aber keinerlei Bedenken, die entsprechenden parteipolitischen und sonstigen Gruppenvorstellungen als mit dem Grundgesetz konform anzuerkennen. Diese Vorstellungen sprachen ebenfalls im hier entwickelten Sinne das Grundproblem an, daß nicht nur die staatliche, sondern auch die private Macht an das Recht zu binden sei.[3)] Zugleich muß aus dieser Perspektive der extremen Interessenvertretung z.B. seitens des BDI und DIHT widersprochen werden. Die dortige Argumentation auf ungehinderte Freiheit im Marktverkehr und unbeeinflußte Konzentration gründet sich auf eine einseitige Auslegung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat. Außerdem wird die Privatrechtsordnung als ein unantastbarer Bereich autonomer Regelungsbefugnis angesehen. Nur wird dabei verkannt, daß dieses Rechtsgebiet nur deshalb von Kategorien "sozialer und ökonomischer" Gewalt frei ist, weil es als Ordnung gewaltfreier und waffengleicher Partner im Individualverkehr konzipiert wurde. Wo deshalb diese Grundvoraussetzungen in der Praxis nachhaltig aufgehoben werden - man denke z.B. an allgemeine Geschäftsbedingungen usw. - da ist der Richter und erforder-

---

1) Vgl. zu solchen Gestaltungsaufträgen auch P. Saladin, a.a.O., S. 309; R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt 1971, S. 391

2) zur Verfassungsgarantie einer Wettbewerbsfreiheit vgl. z.B. E.R. Huber, Der Streit um ..., a.a.O., S. 136 ff; G. Dürig, in: Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2 I, Rdnr. 48 m.w.N.; F. Böhm, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, ORDO 1958, Bd X, S. 167 ff, 196: "Wettbewerbsfreiheit ist eine Verfassungseinrichtung."; H.F. Zacher, Aufgaben ..., a.a.O., S. 97 ff; J. Plaßmann, Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz ..., a.a.O., S. 787

3) vgl. für die CDU S. 108, für die SPD S. 111, für die FDP S. 113 f dieser Arbeit

lichenfalls der Gesetzgeber zum Einschreiten berufen, um die Macht wieder an das Recht zu binden.

"Die Freiheit vom Recht ist der alte Traum der Mächtigen."[1] Es geht aber nicht an, diesem Traum in einer Zeit Folge zu leisten, in der es als selbstverständlich gilt, daß der Staat in all seinen Machtäußerungen, in seinem wirtschaftlichen Geben und Nehmen an das Grundgesetz und die übrige Rechtsordnung gebunden ist, daß hingegen die private Wirtschaftsmacht in Erfüllung ähnlicher Funktionen und bei ähnlicher Machtpotenz den Grundrechten nicht verpflichtet sein soll.[2] Doch nicht nur "die Bindung auch unternehmerischer Macht an das Recht wird über die Lebensfähigkeit dieser Gesellschaft entscheiden"[3], sondern die darüber hinausgehende Verhinderung, daß solche Macht überhaupt erst in unvertretbaren Formen und unvertretbarem Umfange entsteht. Auch hier ist der im Staatsrecht historisch entwickelte Gedanke der Gewaltenteilung heranzuziehen, der den negativen Erfahrungen und dem tiefen Mißtrauen der Staatsbürger zuzuschreiben und auf die Tatsache gegründet ist, daß jede erst einmal entstandene Macht zugleich auch die Vernichtung aller wirksamen Mittel zur Machtkontrolle mit sich bringt. Diese staatsrechtliche Gewaltenteilung ist ebenso von dem Gedanken einer wechselseitigen Machtmißbrauchsaufsicht beherrscht wie auch von einem absoluten "Kartellierungs- und Fusionsverbot" der einmal geteilten Gewalten.[4]

---

1) E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 34; vgl. K.H. Biedenkopf, Über das Verhältnis ..., a.a.O., S. 134

2) E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 36; derselbe, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, a.a.O., S. 413 f; F. Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften, Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, Hrsg. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1960, S. 25 ff, 44; H. Merz, Kartellrecht ..., a.a.O., S. 232

3) E.-J. Mestmäcker, Absage ..., a.a.O., S. 33; ähnl. K.H. Biedenkopf, Über ..., a.a.O., S. 135; J. Plaßmann, a.a.O., S. 787; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 194; R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 599 f

4) vgl. Zitat auf S. 102

Wenn der Staatsbürger sich durch Etablierung dieser Schutzmaßnahmen in seinen Freiheiten gegenüber dem Staat sichern wollte, so hat er damit allgemein geltende Schutzvorstellungen entwickelt, die sich auch hier nur auf Quantitäten der Beeinträchtigung, nicht aber auf deren Herkunft beziehen. Sie sind deshalb auch gegenüber privater Machtpotenz anwendbar, wenn sie dazu beitragen können, diese vom Bürger fernzuhalten. Vor allem die theoretische und empirische Erfahrung mit einem rein staatsrechtlichen Verständnis der Verfassung bei gleichzeitigem laissez-faire-Kapitalismus zeigte neben dem Entstehen privater Macht zugleich eine Transformation der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Denn wirtschaftliche Macht strebt über die Einflußnahme auf die politische Willensbildung nach höchst eigennützlicher Konsolidierung und Ausweitung.[1] Die selbstgewählte Enthaltsamkeit des Staates auf einzelwirtschaftlichen Sektoren führt zu einem gruppengesteuerten Interventionismus[2], der schließlich totalitäre Wirtschafts- und Gesellschaftsstrukturen hervorbrachte, wie sie im Dritten Reich, aber auch in vielen unterentwickelten Ländern, signifikant wurden.[3] Eine Staatsverfassung, die sich gegen entsprechende politische Prozesse der totalen Machtbildung absichern wollte, kann sich gleichwohl nur verwirklichen, wenn sie sich nicht der Pervertierung durch ökonomische Prozesse und der daraus erwachsenden privaten Macht aussetzt. Es gilt nach wie vor der Satz Roosevelts aus dem Jahre 1938 an den amerikanischen Kongreß: "Die Freiheit einer Demokratie ist nicht gesichert, wenn das Volk es zuläßt, daß private

---

1) Vgl. G. Braunthal, a.a.O., Teil 2 "Tactics and Targets", Teil 3 "Impact on Policy and Legislation"

2) W. Eucken, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 1949, Bd II, S. 5 ff, 6; derselbe, Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus, Wirtschaftliches Archiv 1932, Bd 36 II, S. 303; J. Hirsch, Funktionsveränderungen der Staatsverwaltung in spätkapitalistischen Industriegesellschaften, Blätter für deutsche und internationale Politik 1969, Bd XIV, S. 151 ff

3) F.L. Neumann, The Democratic and the Authoritarian State, Glencoe/Ill. 1957, S. 12

Macht sich so weit entwickeln kann, daß sie stärker wird als der demokratische Staat."[1] In diesem Sinne stärker zu sein, heißt aber rechtstechnisch nur, weniger rechtlichen Bindungen zu unterliegen.

Auch die Bundesregierung scheint in diesem Sinne vorgehen zu wollen, denn sie stellte analog fest: "Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar."[2] Es bleibt deshalb die Frage zu beantworten, inwieweit die jetzige Fusionskontrolle den grundgesetzkonformen und verfassungserhaltenden Forderungen der herangezogenen Gruppen entspricht, soweit sie sich für die Hemmung zunehmender ökonomischer Macht aussprechen.

3. Zusammenfassende Auswertung - Freiheit versus Effizienz

Wenn wir das von den in diesem Zusammenhang interessierenden Gruppen Gesagte zusammenfassen, so ergibt sich zunächst die generelle Übereinstimmung in der Bejahung der Selbstverwirklichung des Menschen in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Dieser Ordnung soll neben einem geordneten Wettbewerb als dem grundlegenden Element der Wirtschaftspolitik und des wirtschaftlichen Lebens ein gewisses, aber nicht einheitlich definiertes Maß staatlicher Planung zur Seite stehen. Dabei ist die Feststellung von zentraler Bedeutung, daß diese Gruppen die Effizienz der Wirtschaft dem Ziel der Selbstverwirklichung des Menschen im Kollisionsfalle unterordnen. Denn damit ist den häufigen Versuchen eine Absage erteilt, Effizienzen und Ergebnissen den Vorrang zu geben, die weder philosophisch noch praktisch den Beweis der Richtigkeit in sich tragen. Selbst ihre steigende Tendenz, grundsätzlich als Erfolgskriterium ausgelegt, kann weder insgesamt noch auf einzelne Sektoren bezogen die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit einer praktizierten Wirtschaftspolitik anzeigen, sondern mög-

---

1) Zit. n. J.H. Müller, a.a.O., S. 121, Unterstreichung v. Verfasser
2) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. VI 1971/2520, S. 16

licherweise das Gegenteil bedeuten wie z.B. in Fällen überhitzter Konjunktur, Inflation, Exportüberschüssen usw.[1] So geht es deshalb den hier herangezogenen Gruppen in erster Linie um die Erreichung einer "Gemeinwohlgerechtigkeit", der Ausschaltung von Ungerechtigkeiten durch "Selbstsucht, Profitgier, Ausbeutung und Unterdrückung."[2]

Für den einzelnen im Verhältnis zur Wirtschaft und begrenzt auf den hier interessierenden Problemkreis kann deshalb nach wie vor der am 21.3.189o von Senator Sherman vor dem Senat der Vereinigten Staaten geprägte Satz zugrunde gelegt werden: "Ebensowenig wie wir einen König als politische Macht dulden, sollten wir einen König über Produktion, Handel und Transport akzeptieren. Wir wollen uns keinem Selbstherrscher unterordnen, der die Macht hat, den freien Wettbewerb zu behindern und die Preise zu bestimmen."[3] Auch die Bundesregierung hat in Einschränkung ihrer These, "daß Konzentration an sich weder als gut noch schlecht zu beurteilen"[4] sei, den Standpunkt bezogen, daß eine wettbewerbsbeschränkende Konzentration nicht nur eine Einbuße an volkswirtschaftlicher Produktivität bedeutet, sondern auch "die Erhaltung einer freiheitlichen und sozial befriedigenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung" gefährdet, zu der auch "eine Vielzahl leistungsfähiger, frei und selbstverantwortlicher Unternehmen" gehört. In Analogie zu Senator Shermans Ausführungen hat sie außerdem ebenfalls zusammenfassend festgestellt, daß es auch aus gesellschaftspolitischer Sicht unerwünscht ist, "wenn

---

1) Vgl. J. Weis, a.a.O., S. 26
2) ibid., S. 27
3) zit. n. H.P. Zschokke, Das amerikanische Antitrustrecht, Sonderdruck der List Gesellschaft e.V. aus "Baseler Juristische Mitteilungen", Heft Nr. 2, o.O. 1961, S. 5
4) BT-Drucks. IV/232o, S. 9o; a.A. E. Hruschka, Spezialdiskussion zum Referat von R. Henzler, Konzentration ..., a.a.O., S. 336 f: "Es ist wohl anzunehmen, daß sich viele Konzentrationsvorgänge als .. falsch erwiesen hätten, wenn alle ... Kosten von den betroffenen Unternehmungen selber zu tragen gewesen wären und sich nicht auf einer über den Unternehmungen liegenden Ebene niedergeschlagen hätten. Es zeigt sich also, daß es nicht in allen Fällen abwegig ist, auch die Frage der Konzentration unter dem Gesichtspunkt von 'Gut und Böse' zu sehen".

wirtschaftliche Verfügungsgewalt von einem immer kleiner werdenden Personenkreis ausgeübt wird".[1] Um so unverständlicher ist es dann aber, diese beschworenen Ziele so grundsätzlich im Bereich all der Märkte aufzugeben, in denen bereits marktbeherrschende Firmen im Zuge eines Zusammenschlusses die Umsatzgrenze von 500 Millionen DM gem. § 24 Abs. 8 Nr. 1 GWB nicht erreichen, weil ein solcher Markt z.B. als Spezialmarkt derartige Umsatzgrößen noch nicht ermöglicht.[2] Dieses Unverständnis muß noch steigen, wenn die "Begründung zum Entwurf" nach Wiederaufnahme des umrissenen Zielkomplexes feststellte: "Der Entwurf erfaßt nur schwerwiegende Zusammenschlüsse. Die 'Toleranzklauseln' des § 24 Abs. 8 Satz 1 stellen sicher, daß eine Kontrolle nur bei wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutenden Zusammenschlüssen stattfindet. Der Entwurf beschränkt den Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Unternehmen auf das zum Schutz des Wettbewerbs unbedingt notwendige Maß."[3]

Was ist aber "das zum Schutz des Wettbewerbs unbedingt notwendige Maß", wenn wir zugleich die zitierten Zielvorstellungen der Bundesregierung und der angeführten Kirchen und Parteien berücksichtigen? Zunächst muß danach festgestellt werden, daß wirtschaftliche Machtentfaltung, die immer auf Märkte bezogen ist, grundsätzlich eine Gefährdung wettbewerblicher Freiheitsspielräume der übrigen Marktteilnehmer bedeutet. Vor diesen Folgen waren nach den übereinstimmenden Gruppenaussagen alle zu schützen, weil die Selbstverwirklichung aller Menschen in diesen Programmen angesprochen ist. Hinzu

---

1) BT-Drucks. IV/2320, S. 90

2) so brachte F. Segelmann gegenüber dem Referentenentwurf das nachdenklich stimmende Beispiel, daß die Portlandzementwerke Heidelberg AG und die Dyckerhoff Zementwerke AG mit je 40 % Marktanteil - regional noch wesentlich höher - bei jeweiligen Umsätzen von seinerzeit ca 300 und 400 Millionen DM ohne weiteres hätten fusionieren können. Vgl. Probleme der Unternehmenskonzentration, marktwirtschaft 1971, Nr. 1/2, S. 50 ff, 55. Es besteht begründeter Anlaß, daß es auch innerhalb der nunmehr halbierten Umsatzgrenze auf gewissen Spezialmärkten noch ähnlich gravierende Fälle geben wird.

3) BT-Drucks. VI/2520, S. 18

kommt, daß es keinen anerkennenswerten Maßstab gibt, nach dem die Freiheit zum Wettbewerb für den Wettbewerber auf einem kleinen Markt einen kleineren Stellenwert hat als für den auf dem Markt einer Schlüsselindustrie. Immerhin handelt es sich bei der Wettbewerbsfreiheit um die Verwirklichung eines für alle Wirtschaftssubjekte geltenden Prinzips, so daß nicht einigen verboten werden kann, was anderen aufgrund der wirtschaftspolitischen Opportunität einer entscheidenden Instanz erlaubt wird.[1] Solange die Freiheit, eine Chance wahrzunehmen, eine grundlegende Voraussetzung für die Entfaltung der Persönlichkeit ist, und solange alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, so lange besteht zumindest aus Effizienzgründen keine Veranlassung, die Wettbewerbsfreiheit auf bestimmten Märkten höher zu bewerten - oder, personalbezogen ausgedrückt, bestimmte Wettbewerber in ihrer Wettbewerbsfreiheit bevorzugt zu schützen.

Wie wenig kompatibel die grundsätzlichen Äußerungen der Bundesregierung mit ihrem eigenen Gesetzentwurf und dem jetzigen Gesetz sind, zeigt beispielhaft auch eine Stellungnahme von K. Schiller: "Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Zusammenschlußkontrolle versucht eine Linie der Vernunft zwischen der Möglichkeit und der Förderung wirtschaftlich sinnvoller Konzentration und dem Verbot gesamtwirtschaftlich schädlicher Zusammenschlüsse aufzuzeigen. Aus der gesamtwirtschaftlichen wie aus der gesellschaftspolitischen Überlegung heraus muß die Unternehmenskonzentration dort eine Grenze finden, wo Marktmacht zur Übermacht und zum Ärgernis wird. Denn unkontrollierte Marktmacht beschränkt die wirtschaftliche Freiheit von Lieferanten, Abnehmern und Verbrauchern, behindert die schwächeren Marktteilnehmer im Wettbewerb und führt zu einer wirtschaftlichen Übervorteilung der Verbraucher."[2] Hier wird sicher ungewollt aber völlig unzweifelhaft einem allgemein formulierten und auf allen Märkten gültigen Schutzgut wie

---

1) Vgl. E. Heuß, Wettbewerb - kein Gegenstand ..., a.a.O., S. 42

2) K. Schiller, Schwerpunkte moderner ..., a.a.O., S. 1o

"wirtschaftliche Freiheit" und "Übervorteilung der Verbraucher" eine Schutzmaßnahme angeboten, die sich schon im selben Kontext nicht mehr explizit am formulierten Schutzgut, sondern an "gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Überlegungen" orientiert.

Dabei gibt es nur zwei Gründe, die eine so gravierende Aufgabe des allgemeinen Schutzgutes überhaupt rechtfertigen könnten, nämlich die Behauptung, daß lediglich die auch absolut großen Zusammenschlüsse die volkswirtschaftliche Effizienz zu beeinträchtigen imstande sind[1], und bzw. oder daß eine umfassende Regelung unpraktikabel ist.[2] Da solche zumeist nicht näher begründeten Behauptungen benutzt werden, um Abweichungen vom allgemein formulierten Schutzgut und Ziel zu rechtfertigen, bedürfen sie schon einigen Gewichtes, um in diesem Sinne zu überzeugen. Wie aber aus allen Stellungnahmen herausgearbeitet werden konnte, haben Effizienzgesichtspunkte gegenüber dem Wert Freiheit grundsätzlich kein Gewicht. Daß die Effizienzwirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf einem kleineren Markt gesamtwirtschaftlich gesehen weniger stark sein mögen als die auf einem überregionalen Markt, ist also kein schlüssiges Gegenargument. Denn es bezieht sich a priori nicht auf den Freiheitsträger, dessen Selbstverwirklichung in allen zitierten Äußerungen oberstes Ziel war, sondern auf das zweitrangige Unterziel "ökonomische Ergebnisse".

Doch selbst wenn wir uns grundsätzlich auf dieses Argument zur Beschränkung der Kontrolle einlassen, kann ihm schwerlich das nötige Gewicht beigemessen werden. "Gesamtwirtschaftlich" ist zunächst kein aliud gegenüber "einzelwirtschaftlich",

---

1) So insbesondere die Stellungnahme des BDI, a.a.O., S. 211, Nr. 1 ff; Stellungnahme des DIHT, a.a.O., S. 218 IIIa; in der Literatur beispielsweise S. Klaue, Gedanken zur Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 211 ff, 223; K. Schiller, Schwerpunkte ..., a.a.O., S. 10; Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium zu den Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle, abgedruckt in: Fusionskontrolle, Für und Wider, a.a.O., S. 164 ff, 165

2) so ohne nähere Begründung P. Peschel, Modernisierung ..., a.a.O., S. 234

sondern letztlich die Summe aller einzelwirtschaftlichen Maßnahmen und Interdependenzen. So ist denn auch in der theoretischen Volkswirtschaftslehre die Makroökonomie als ein Aggregat der vorangegangenen mikroökonomischen, also einzelwirtschaftlichen Verhaltens- und Erscheinungsweisen entwickelt worden. Gilt aber dies und ferner die Feststellung der Bundesregierung, daß die "Einschränkung des Wettbewerbs durch Konzentration" u.a. eine "Einbuße an volkswirtschaftlicher Produktivität"[1] bedeutet, so muß der Vollständigkeit halber festgestellt werden, daß eine Regelung, die aus Größenordnungs- und scheinbaren Effizienzgesichtspunkten heraus eine Vielzahl von Märkten ausnimmt, auf ihnen Produktivitätseinbußen durch Wettbewerbsbeschränkungen toleriert, wenn nicht sogar fördert. Diese jeweiligen Einbußen sind für sich gesehen möglicherweise weniger bedeutend, in ihrer Summe aber, also gesamtwirtschaftlich gesehen, können sie ohne weiteres wesentlich stärkere Auswirkungen haben als die Produktivitätseinbußen auf dem einen oder anderen überregionalen Markt.

Von diesem Standpunkt ausgehend muß deshalb auch den Feststellungen und Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium zu den Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle entgegengetreten werden. Auch der Beirat geht zunächst von den Prämissen aus, daß eine Fusionskontrolle "alle Arten von wettbewerbsbeschränkenden Unternehmenszusammenschlüssen erfassen" müsse, da die Ausklammerung einzelner wettbewerbsbeschränkender Tatbestände Ausweichreservate entstehen ließe und dadurch die Ziele der Wettbewerbspolitik gefährde.[2] Neben diesem Prinzip der Lückenlosigkeit habe eine wirksame Fusionskontrolle das Prinzip der Einheitlichkeit der Wettbewerbspolitik zu berücksichtigen. In krassem Widerspruch zu diesen Zielvorstellungen steht dann aber die kategorische und nicht näher begründete Feststellung, daß ein generelles Verbot von keiner Seite gefordert sei und auch nicht in Betracht komme. Vielmehr solle sich die Fusions-

---

1) BT-Drucks. IV/2320, S. 90
2) Stellungnahme des Beirats, a.a.O., S. 164

kontrolle nur auf Zusammenschlüsse mit wesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen erstrecken. Solche seien aber bei Zusammenschlüssen von kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Marktanteil im allgemeinen nicht zu vermuten, so daß solche Bereiche auszunehmen seien.[1)]

Auch diese Argumentation überzeugt in keiner Weise. Sie geht entweder von einem totalen Wettbewerb aus oder aber legt ungeprüft die Prämisse zugrunde, daß auf allen nicht erfaßten Märkten Strukturen bestehen und bestehen bleiben, die Marktmacht ausschließen. Beide Annahmen sind aber nicht haltbar. Die Annahme, daß alle Güter und Dienstleistungen letztlich um das knappe Einkommen der Nachfrager konkurrieren, kann die These des Beirates nicht stützen, obwohl in der Tat bei so totaler Schau des Konkurrenzmarktes der Zusammenschluß zweier oder mehrerer kleiner Konkurrenten nicht als "wesentliche Wettbewerbsbeschränkung" anzusehen wäre. Eine solche Sicht negiert aber alle notwendigen Bemühungen der Wissenschaft und Praxis, die Totalmarktperspektive auf die Beziehungen zu reduzieren, die für das Phänomen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung allein meßbar und operational sind. Auf solchen - wie auch immer abzugrenzenden - "relevanten Märkten" ist aber eine "wesentliche Wettbewerbsbeschränkung" stets nach relativ gleichen Kriterien festzustellen. Daraus folgt, daß eine von der Zielvorstellung des Beirates durch die Fusionskontrolle u.a. zu verhindernde "marktbeherrschende Stellung" auf einem relevanten kleinen Markt nach denselben relativen Kriterien zu beurteilen ist wie auf einem relevanten großen Markt. Für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Fusion ist demnach die Größe des Marktes völlig irrelevant. Doch der Standpunkt des Beirates kann auch durch den ebenfalls völlig unbewiesenen Hinweis nicht gehalten werden, daß auf kleine und mittlere Unternehmen mit geringem Marktanteil abgestellt worden sei, und daß auf solchen Märkten wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen

---

1) Stellungnahme des Beirats, a.a.O., S. 165 Nr. 4 u. 5

durch Zusammenschlüsse nicht zu erwarten seien.[1] Denn der Terminus klein bzw. mittelgroß ist an absoluten Größenmerkmalen der Großindustrie orientiert und als solcher ohne Aussagekraft gegenüber den stets relativ zu sehenden Problemen des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung. Aus diesem Terminus kann auch nicht geschlossen werden, daß solche absolut kleinen Unternehmen nur geringe Marktanteile halten, also auch nur relativ klein wären. Das Gegenteil ist bis hin zum Dorfladen einer abgelegenen Siedlung häufig der Fall. In Anerkennung dieser Tatsachen hat deshalb die ASU das Kriterium Marktanteil im Rahmen der Fusionskontrolle als problematisch angesehen, weil es "kleinere und mittlere Unternehmen (erfasse), die Spezialprodukte mit Monopolcharakter herstellen. Sie operieren nicht selten in sehr kleinen Märkten, die wegen ihres geringen Umsatzvolumens volkswirtschaftlich kaum von Bedeutung sind und zu denen der Zugang bereits mit relativ geringem Kapitaleinsatz möglich ist." Es sei daher zu überlegen, ob eine Fusion auf einem solchen Spezialmarkt so relevant sei, daß sie einer Fusionskontrolle unterworfen werden müsse.[2] Während jedoch die ASU hier mit dem schon widerlegten gesamtwirtschaftlichen Aspekt den insbesondere sie selbst betreffenden Ausnahmebereich begründen will, obwohl sie vom relevanten Markt her gesehen Wettbewerbsbeschränkungen und marktbeherrschende Stellungen eingesteht, muß sich der Beirat gegenüber solchen faktischen Verhältnissen an seiner Prämisse messen lassen, daß neben dem Prinzip der Lückenlosigkeit auch das der Einheitlichkeit der Wettbewerbspolitik zu beachten sei.

Gerade hiergegen verstößt aber die Entlassung so vieler Marktbereiche aus der Kontrolle, weil die simple Korrelation

---

1) So vom Ausdruck her genauer S. Klaue, Gedanken zur Fusionskontrolle, a.a.O., S. 223; "Im Grundsatz wird man davon ausgehen müssen, daß eine nationale Fusionskontrolle sich nur mit Fällen befassen sollte, die für den Markt der Bundesrepublik angemessene Bedeutung haben ... also geeignet sind, den Wettbewerb auf diesem Markt zu tangieren."

2) Stellungnahme der ASU, a.a.O., S. 202

zwischen absolut kleinen Unternehmen und geringem, also relativ kleinem Marktanteil in dieser Allgemeinheit unhaltbar ist. Und selbst wenn die Annahme in einigen Fällen zuträfe, so gäbe sie doch keine taugliche Begründung ab, weil sie auf einem statischen Marktkonzept beruht. Schon eine der dann auf diesen Märkten erlaubte Fusion zwischen solchen Unternehmen mit relativ kleinem Marktanteil könnte die vom Beirat unterstellten Verhältnisse dauerhaft verändern. Es ist bedauerlich, daß selbst die, die anscheinend ernsthaft hinter der These stehen, daß eine Fusionskontrolle von existentieller Bedeutung für die Marktwirtschaft ist[1)], die Einschränkungen dieses Instrumentes mit so statischen und praxisfernen Hypothesen stützen und damit zugleich von selbst aufgestellten Zielen, wie der Einheitlichkeit und Lückenlosigkeit der Wettbewerbspolitik, abrücken.

Doch wie steht es mit dem zweiten Gesichtspunkt der Praktikabilität? Unstreitig ist, daß jede Herabsetzung absoluter Merkmale bis hin zu ihrer Aufgabe den Arbeitsanfall bei der Kartellbehörde anwachsen ließe, bis schließlich jeder Fall anhand der relativen Eingreifkriterien zu untersuchen wäre. Genügt das aber, einen so wesentlichen Wert wie den der Freiheit so bedenkenlos preiszugeben; hat ersparter Arbeitsaufwand das nötige Gewicht, um einen Grundwert trotz nachweisbarer Beeinträchtigung aufzugeben? Sämtlichen Äußerungen der Kirchen und Parteien ist der Gedanke einer solchen Relativierung fremd gewesen. Jeder einzelne und auch die Rechtsordnung empört sich, wenn ein Fahrrad gestohlen wird, Ermittlungen werden ohne Rücksicht auf den materiellen Wert aufgenommen und durchgeführt. Doch kaum jemand scheint die Schwäche des Argumentes sehen zu wollen, wonach die Freiheit trotz nachweislicher Beschränkung wegen Arbeitsbelastung schutzlos bleiben soll. Wir sind der Meinung, daß dieses Argument nicht das notwendige Gewicht erreicht, um das anerkannte Schutzgut in keineswegs unerheblichem Umfange preiszugeben. Hinzu kommt, daß zumeist völlig übersehen wird, daß die sogenannte Praktikabilität und damit auch das Maß des Arbeitsanfalles weniger durch die Höhe der

---

1) Stellungnahme des Beirats, a.a.O., S. 164

absoluten Kriterien beeinflußt wird als vielmehr durch die Ausgestaltung und Formulierung der relativen Kriterien, auf deren ausgesprochene Inpraktikabilität noch einzugehen sein wird. Gerade wenn wir die These des Beirats von der Einheitlichkeit der Wettbewerbspolitik und den Anlaß der Fusionskontrolle, nämlich die Verhinderung einer Umgehung von § 1 GWB, zur weiteren Begründung heranziehen, werden alle Versuche, absolute Kriterien zu untermauern, zu einer Farce. Das GWB hat in § 1 eine Grundsatznorm[1], die alle Kartellverträge erfaßt, soweit sie tatbestandsmäßig sind. Daran hat auch der mit der Novelle 1973 eingeführte § 5b GWB nichts geändert, weil auch er unabhängig von absoluten Kriterien das Negativattest der Behörde gegenüber allgemeingültigen relativen Merkmalen verlangt.[2] Da auch § 1 GWB relative Merkmale benutzt, ist die anfallende Arbeit insbesondere wegen der Vielzahl der zu prüfenden Ausnahmen enorm, ohne daß daraus die Einführung absoluter Merkmale hergeleitet würde. Ebensowenig sind die absoluten Kriterien aber aus dem Gesichtspunkt zu begründen, der nach langer Verzögerung überhaupt zur Einführung der Fusionskontrolle geführt hat. Schon in einem früheren Gutachten hatte der Beirat ausgeführt, daß "eine einseitig gegen bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen gerichtete Politik .. die Unternehmen dazu (verleitet), in die vom Gesetz nicht erfaßten Formen der Wettbewerbsbeschränkung durch Unternehmenszusammenschlüsse auszuweichen."[3] Dieser ehemalige Widerspruch inner-

---

1) Eine Grundsatznorm, die nach Meinung des BKA besonders die kleinen und mittleren Unternehmen und teilweise diskriminiert. Vgl. BKA-Bericht für 1973, BT-Drucks. VII/2250, S. 7

2) vgl. zur Problematik dieser Regelung zutreffend O. Sandrock, Kritische Bemerkungen zum Entwurf über die zweite Kartellgesetz-Novelle, WuW 1969, S. 205 ff, 206 ff; positiver dazu W. Benisch, Die kartellfreie Kooperation nach der GWB-Novelle, WuW 1974, S. 69 ff, bes. 74 ff; J.H.v. Brunn, Gedanken und Vorschläge für ein besseres Wettbewerbsgesetz, WuW 1972, S. 145 ff, 148

3) Gutachten zum Wettbewerbsproblem, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband, Göttingen 1962, S. 21, Nr. 36

halb des Regelungsgefüges besteht aber nach wie vor, wenn man mit der Fusionskontrolle die Umgehung des allgemeingültigen § 1 GWB verhindern wollte, nunmehr aber diese Umgehungsmöglichkeit in überwiegenden Wirtschaftsbereichen bewußt nicht erfaßt. Der Forderung nach einer kongruenten Verhinderung der Marktbeeinflussung durch Kartellverbot und Zusammenschlußverbot ist eine völlig inkongruente Regelung gefolgt. Auf diese Art und Weise ist der Einheitlichkeit und inneren Transitivität der Wettbewerbspolitik und des GWB nicht Rechnung zu tragen.[1] Vielmehr sollte das Fazit zu denken geben, das E. Günther neuerdings gegenüber dem Josten-Entwurf zog: "Mag auch der Josten-Entwurf vielleicht aus heutiger Sicht in einigen Punkten zu perfektionistische Lösungen vorgesehen haben, so ist doch sein großes Verdienst darin zu sehen, daß er klar erkannte, daß nur über die umfassende und konsequente Lösung des Machtproblems in einer Marktwirtschaft kompetitive Marktstrukturen zu erhalten und wirksamer Wettbewerb zu sichern sind."[2]

Auch die seinerzeitigen Äußerungen der Bundesregierung gingen von Ansätzen aus, denen die jetzige Regelung nicht gerecht zu werden vermag. So wurde in der Regierungserklärung vom 28.1o.1969 angekündigt: "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird modernisiert werden. Unternehmenskonzentration ist zwar in vielen Bereichen notwendig. Sie darf aber nicht zur Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs führen. Deshalb ist eine vorbeugende Fusionskontrolle erforderlich. Diese soll sich auf alle Bereiche der Wirtschaft erstrecken ... Ein verbessertes Kartellgesetz muß zum Instrument einer wirksamen und fortschrittlichen Mittelstandspolitik werden."[3]

Wer tatsächlich den Wettbewerb bejaht und über verbale Lippenbekenntnisse hinausgehen will, die eine echte Reform le-

---

1) Vgl. auch E. Günther, Europäische und nationale Wettbewerbspolitik, Böhm I, S. 279 ff, 297 ff
2) E. Günther, Die geistigen Grundlagen ..., a.a.O., S. 2o4, Unterstreichung v. Verfasser
3) Stenographischer Bericht über die 5. Sitzung des Deutschen Bundestages am 28. Oktober 1969, S. 23b

diglich als Farce erscheinen lassen, der wird sich in einem umfassenden und konsequenten Sinne "hinter eine wettbewerblich orientierte Fusionskontrolle und damit hinter die marktwirtschaftliche Ordnung und ihre .. Fortentwicklung"[1] stellen müssen. Dieses Engagement ist für unsere Wirtschaftsordnung schon deshalb von besonderer Bedeutung, weil "in der Bundesrepublik 95 % der Industriebetriebe auch heute noch von ihren Eigentümern geleitet" werden, die "58 % des Sozialprodukts" erzeugen und "61 % der Arbeitnehmer" beschäftigen und überwiegend auf kleineren und mittleren Märkten vertreten sind[2], auf denen die Erfüllung der absoluten Kriterien sicherlich nicht der Regelfall ist. Wenn sich aber alle diese Marktbereiche in gesetzlich sanktionierter Weise durchkonzentrieren können, wird einerseits die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen nachteilig beeinflußt werden, wie sich auch andererseits die in unserer Volkswirtschaft vorherrschende Marktform in Richtung auf ein mehr oder weniger weites Oligopol vereinheitlichen wird. Wo aber "monopolistische oder oligopolistische Formen ausgeprägt zur Wirkung kommen, werden Triebkräfte zu Neuerungen nicht immer sehr groß sein."[3] Gerade die nachfolgenden Überlegungen zum Zusammenspiel zwischen Fusionskontrolle und Stabilitätsgesetz werden zeigen, daß die von der Kontrolle ausgenommenen Bereiche aufgrund ihrer häufig noch sehr kompetitiven Strukturen gewisse Grundpfeiler der Stabilität, zumindest aber Bremsen einer inflationären Entwicklung, sind.[4] Es muß deshalb als in besonderem Maße verfehlt angesehen werden, diese Strukturen aus vordergründigen politischen Motiven heraus der Konzentration preiszugeben, obwohl gerade

---

1) W. Kartte, Umstrittene Kartellgesetznovelle, marktwirtschaft 1971, Nr. 1/2, S. 21 f, 21, der diese These gerade bzgl. der "politischen Kräfte" in der BRD aufstellt, weil er den Widerstand der Industrie für "verständlich und relativ vordergründig" hält.

2) vgl. D. Fertschl-Röver, Selbständige Unternehmer im Wettbewerb, marktwirtschaft 197o, Nr. 3, S. 6 f, Nr. 7

3) W. Wittmann, Konzentration in der Betriebssphäre, in: Die Konzentration ..., a.a.O., Bd 22, S. 267 ff, 278; ähnl. Begründung zum Entwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. VI/252o, S. 16, 18

4) vgl. dazu auch Sachverständigenratsgutachten, a.a.O., Nr. 35o ff

für diese Bereiche schon vielfältige Kooperationsmöglichkeiten geschaffen worden sind, die die Zunahme von Wettbewerbsbeschränkungen nur beschleunigen.[1)]

Aus der Gesamtheit der bisher angestellten Überlegungen folgt deshalb, daß das zum Schutze des Wettbewerbs unbedingt "notwendige Maß" aus einer Vielzahl von Gründen prinzipiell auf allen Märkten getan werden muß.[2)] Denn der Schutz des Wettbewerbs allein auf "großen" Märkten hat keinen unmittelbaren oder prognostizierbaren Einfluß auf die Wettbewerbssituation auf kleineren Märkten und damit auch nicht auf die Wettbewerbsverhältnisse der überwiegenden Wirtschaft.[3)] Ohne an dieser Stelle schon auf die zusätzlichen Beschränkungen einzugehen, die die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle durch die relativen Kriterien, Ausnahmemöglichkeiten und sonstige Schwachstellen erfährt, kann deshalb bereits aus der Existenz der absoluten Aufgreifkriterien festgestellt werden, daß die jetzige Fusionskontrolle zielinadäquat ist. Sie ist es deshalb, weil sie die Zielvorstellungen bedeutender und mehrheitlich relevanter Gruppen hinsichtlich des dort geäußerten Stellenwertes der Freiheit weder zu erfüllen noch zu sichern vermag. Ebensowenig kann sie als ein taugliches Mittel zur Bewältigung der hier entwickelten dem Staat anvertrauten grundgesetzlichen Aufgabe angesehen werden, die Freiheit auch im privaten Bereich gegen Vermachtung zu schützen. Wegen ihrer Aufgreifkriterien ist sie auch kein wirksames Mittel, um die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Machtprozesse auf das Niveau zu begrenzen, das für die hier nach-

---

1) So auch Sachverständigenratsgutachten 1974, a.a.O., Nr. 350
2) so wohl auch E. Heuß, Wettbewerb - kein Gegenstand ..., a.a.O., S. 42; E. Sohmen, Wettbewerb, Konzentration und ökonomische Effizienz, ORDO 1969, Bd XX, S. 123 ff, 124, 145 ff; E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., wenn er feststellt: "Die faktische ordnungspolitische Entwicklung ... bestätigt aus heutiger Sicht, daß die Verfasser des Josten-Entwurfs im Recht waren, wenn sie meinten, das Anspruchsniveau ... so hoch ansetzen zu müssen.", S. 201
3) vgl. zum fragwürdigen Stellenwert absoluter Kriterien Sachverständigenratsgutachten 1971, Nr. 396, 404

gewiesene und angestrebte Fortentwicklung der Marktwirtschaft ungefährlich erscheint.[1)]

Dieses Ergebnis wird auch dadurch gestützt, daß die SPD, der linke Flügel der CDU, sowie der DGB und AGV zumeist unter Bezug auf bereits zitierte programmatische Thesen ihrer Parteitage oder sonstiger Beschlußorgane schon die vorangegangenen Entwürfe für absolut unzureichend und damit zielinadäquat hielten. Ebenso forderten die Gruppe der selbständigen Unternehmer innerhalb der FDP (ASU) sowie die Jungdemokraten aus ordnungs- und gesellschaftspolitischen Gründen eine schärfere Fusionskontrolle.[2)] In der Literatur war die Kritik nicht weniger unverblümt, wenn man die Fusionskontrolle als "Fusionserlaubnis wettbewerbsfeindlicher Zusammenschlüsse"[3)] bezeichnete, ihr "mehr den Charakter einer politischen Absichtserklärung als den eines wirksamen wettbewerbspolitischen Instrumentes"[4)] zubilligte oder lapidar feststellte: "zu hoch angesetzt".[5)] Mag auch der Kritik teilweise durch Herabsetzung der absoluten Aufgreifkriterien Rechnung getragen worden sein, so kann sie in ihrer Quintessenz doch nicht als ausgeräumt gelten.

---

1) So wohl auch E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 59 ff; E. Günther, Die geistigen ..., a.a.O., S. 201

2) vgl. zusammenfassend I. Schmidt, Fusionskontrolle - Rückblick und Ausblick, a.a.O., S. 24; zu einzelnen Stellungnahmen: "Dem linken CDU-Flügel ist der Regierungsentwurf zu weich", Die Welt v. 24.9.1971, S. 13; "Kartellnovelle findet im Hearing Zustimmung und Kritik", Die Welt v. 10. 12.1971, S. 13; "Kartellnovelle im Kreuzfeuer der Interessen", SZ v. 3.5.1971, S. 19; zum gleichen Thema: FAZ v. 3.5.1971, S. 13; "Unternehmer lehnen Machtballungen ab", Stellungnahme der ASU, Die Welt v. 27.5.1974, Nr. 121, S. 9

3) N. Reich, Fusionskontrolle oder Fusionserlaubnis?, ZRP 1971, S. 234 ff, 236; vgl. auch P. Hort, Fusionskontrolle - ein Federbusch?, FAZ v. 29.4.1971, S. 15

4) I. Schmidt, a.a.O., S. 24; zum politischen Tauziehen B. Griesbach, Wettbewerb um Wettbewerb, a.a.O., S. 17

5) E. Günther, Was bringt die Kartellgesetznovelle? Wirtschaftswoche 1971, Nr. 28, S. 20; ähnl. F. Segelmann, Probleme der Unternehmenskonzentration, marktwirtschaft 1971, Nr. 1/2, S. 50 ff, 55; E.W. Mänken, Gips und Gummi, junge wirtschaft 1971, Nr. 8/9, S. 278 ff

§ 4 Wie vereinbaren sich die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle mit den Sachzwängen einer Stabilitätspolitik?

Die bisherigen Ausführungen zielten darauf ab, die Fusionskontrolle an verbindlichen und repräsentativen Aussagen maßgeblicher Gruppen zu messen, um schlagseitigen Entwicklungen innerhalb des GWB nicht nur für die Vergangenheit nachzusinnen, sondern ihnen für die Zukunft vorzubeugen. Dem u.E. durchaus schlüssigen Nachweis, daß die Fusionskontrolle bereits wegen ihrer absoluten Aufgreifkriterien generell formulierten Freiheits- und Wettbewerbszielen nicht Rechnung tragen kann, könnten nun die bereits eingangs vorweggenommenen Einwände entgegengehalten werden. Dabei wäre besonders an den Standpunkt zu denken, daß sowohl die zitierten Äußerungen der Gruppen als auch die herangezogenen Normen des Grundgesetzes der Auslegung zugänglich sind und deshalb die hier gezogenen Schlüsse nicht unbedingt tragen müssen. Allerdings ist hiergegen generell einzuwenden, daß es sich jedwede Partei und Gruppe gefallen lassen muß, daß ihre allgemeine Aussage auch ebenso allgemein verwendet wird, wie wir auch der Meinung sind, daß der unbestreitbare Freiheitsaspekt des Grundgesetzes, das die Reaktion auf ein totalitäres Regime darstellt, nicht hoch genug veranschlagt werden kann. Trotzdem soll das bisherige Ergebnis weiterer Prüfungen unterzogen werden.

Dafür bieten sich vor allem Gesetze an, die im relevanten Fragenbereich in Beziehung zur Fusionskontrolle stehen. Denn solche Gesetze sind als nunmehr konkretisierte Wertentscheidungen der im Parlament vertretenen Gruppen aufzufassen. Sie sind mehrheitlich entstanden und genügen aufgrund ihres typischen Kompromißcharakters auch materiell der Forderung, mehr oder weniger den Zielvorstellungen aller Gruppen, teilweise auch der außerparlamentarischen, angepaßt zu sein.[1)] Bei der maßstäblichen Anwendung solcher Gesetze entgehen wir also

---

1) Im nachfolgenden soll deshalb auch der unschwer zu führende Nachweis unterlassen sein, daß alle Parteien und die Bundesregierung stets die Stabilität beschwören und als wesentliches Ziel der Gesellschaft anerkennen.

dem Einwand, lediglich vage formulierte wirtschafts- und gesellschaftspolitische Vorstellungen heterogener Gruppen herangezogen zu haben. Zugleich bietet uns ein solches Vorgehen aber die Gelegenheit, das schon mehrfach angesprochene Problem der Einheit einer jeden Ordnung weiterzuverfolgen. Nicht nur Einzelordnungen haben in sich widerspruchsfrei zu sein, sondern alle Ordnungen, die miteinander interdependent sind. Zumindest mittel- und langfristig müssen sich die Ziele solcher interdependenter Ordnungen als weitgehend kompatibel erweisen. Andererseits gilt, daß sich mögliche Unvereinbarkeiten um so eher herausstellen werden, desto inniger zwei Regelungen und Gesetze in einem sachbezogenen Zusammenhang stehen. Abgesehen vom GWB selbst, in dessen ordnungspolitisches Konzept die Fusionskontrolle in ihrer jetzigen Ausgestaltung integrierbar sein muß, gilt dies, wie sich zeigen wird, besonders für das sachliche Zusammenspiel von Fusionskontrolle und Stabilitätsgesetz.

I. Zum Charakter des Stabilitätsgesetzes

Wie die Wettbewerbspolitik und das GWB, beruht auch das Stabilitätsgesetz auf einem klaren grundgesetzlichen Auftrag. Es wurde 1967 durch den seinerzeit ebenfalls neu eingeführten Art. 109 Abs. II GG begründet, der lediglich eine pauschale Formulierung des dann in § 1 StabG[1] genauer formulierten Zielkomplexes darstellt. Danach haben Bund und Länder bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. "Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen."[2] Wie sich aus der Basisvorschrift

---

1) Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967, BGBl I 1967, S. 582
2) § 1 Satz 2 StabG

des Art. 1o9 Abs. II GG entnehmen läßt, haben diese Vorschriften zunächst nur unmittelbare Geltung für das Haushaltswesen, doch ein anwachsender Teil der Lehre ist geneigt, diesen Bestimmungen zugleich eine über das Haushaltswesen hinausgehende wirtschaftspolitische Zielsetzung zuzubilligen.[1] Selbst wenn man dieser Meinung nicht folgte, so ließe sich an ihrer faktischen Relevanz nichts ändern. Diese ist insbesondere in den von § 2 StabG vorgeschriebenen Jahreswirtschaftsberichten begründet, zu denen auch die jeweiligen Gutachten des Sachverständigenrates gehören. Ebenso spielen auch die Orientierungsdaten gem. § 3 StabG eine erhebliche Rolle, die in Fällen einer Zielgefährdung im Rahmen einer konzertierten Aktion aufzustellen sind. Aufgrund dieser notwendigen Aktivitäten der jeweiligen Bundesregierung hat ihre Wirtschaftspolitik ein ständiges öffentliches Forum; die jeweils angekündigten Maßnahmen stehen sozusagen auf einem öffentlichen Prüfstand. Dies ergibt sich schon bezeichnenderweise aus den bisherigen Titeln der Gutachten des Sachverständigenrates, die überdies durch die Herausstellung des Themas "Preisstabilität" den Blick auf eines der meist diskutierten und längerfristig wohl auch am meisten gefährdeten Ziele lenken.[2]

II. Neuere Ansätze der Inflationstheorie und empirische Hintergründe

Da auch die weiteren Überlegungen zeigen werden, daß von der Preisstabilität die anderen Ziele nicht unwesentlich abhängen, soll die Beschäftigung dieser Arbeit sich auf den Beziehungszusammenhang zwischen Konzentration und Preisstabilität beschränken, um schon den Rahmen nicht zu sprengen.[3] Die-

---

1) Vgl. auch K. Stern, Die Neufassung ..., a.a.O., S. 1837; Stern/Münch, a.a.O., S. 53; E. Bender, Die aktuellen ..., a.a.O., S. 852; R. Zuck, Die globalgesteuerte ..., a.a.O., S. 1303; E.H. Ritter, Der Wandel ..., a.a.O., S. 1397

2) von den bisherigen 11 Jahresgutachten beschäftigen sich bereits 7 Titel explizit mit dem Geldwertthema

3) wesentliche Beziehungen zwischen außenwirtschaftlichem Gleichgewicht und Konzentration sind bereits im Zusammenhang mit dem Europaargument besprochen worden. Nach den dortigen Feststellungen hängt die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie sicher nur zum geringsten Teil von einer weiteren Konzentration ab.

ser Zusammenhang ist auch von besonderer wissenschaftstheoretischer Bedeutung, seitdem empirisch feststeht, daß mit dem Auftauchen sogenannter Stagflationen (z.B. 1969/7o) die bisherigen nachfrageorientierten Inflationserklärungen ihre Aussagekraft weitgehend verloren haben. Denn diese Theorien gingen von der Annahme eines in der Vollbeschäftigung begrenzten Güterangebotes aus, auf das sich eine monetär noch größere Nachfrage richtete. Die Preissteigerungen wurden als Folge solcher Ungleichgewichte angesehen, so daß es auf die Strukturen der Angebotsmärkte selber nicht wesentlich ankam. Da die Voraussetzungen solcher Ansätze aber gerade in den jüngsten Stagflationsphasen nicht gegeben sind, trotzdem aber Preissteigerungen erheblichen Ausmaßes festgestellt werden können, haben sich "neuere Inflationserklärungen" in zunehmendem Maße mit der Angebotsseite als Ursachengröße auseinandergesetzt.[1)]

Auch eine reine Angebotsinflation kann zunächst als Anstieg des allgemeinen Preisniveaus definiert werden. Nur wird bei der Angebotsinflation davon ausgegangen, daß es den Anbietern möglich ist, ihre Preise auf den Produkt- und Faktormärkten weitgehend unabhängig von der jeweiligen Nachfragesituation zu bestimmen und in gegenseitigem Ringen um einen möglichst großen individuellen Anteil am Sozialprodukt weiter hinaufzutreiben (sogenannter supply push). Für die dadurch bedingte Aufwärtsverschiebung der Angebotskurve werden allerdings verschiedene Erklärungsansätze verwendet. Eine bekannte Hypothese basiert auf dem cost-push-Gedanken, wonach die inflationäre Ursache in steigenden Kostenniveaus zu suchen ist. Da gesamtwirtschaftlich gesehen die Lohnkosten den Hauptteil der Kosten darstellen und die Lohnfindung nicht als simpler Reflex von Angebot und Nachfrage angesehen werden kann, wird

---

1) Vgl. Darstellungen bei E. Dürr, Prozeßpolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Hrsg. W. Ehrlicher u.a., Bd 2, 3.A., Göttingen 1972, S. 95 ff, 154 ff; R.G. Lipsey, Einführung in die positive Ökonomie, Köln 1971, S. 7o8 ff; vgl. mit Zahlenmaterial W. Glastetter, Bedingungen einer modernen Stabilitätspolitik, in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, a.a.O., S. 79 ff, 88

argumentiert, daß es der Marktmacht der Gewerkschaften möglich sei, einen Lohnanstieg durchzusetzen, der den Anstieg der Arbeitsproduktivität übersteige. Habe nun auch die Unternehmerseite Marktmacht auf der Güterseite, so könne diese Kostensteigerung unter Aufrechterhaltung der ursprünglichen Verteilungsrelation weitergegeben werden.[1] Allerdings ist gerade im Zusammenhang mit dieser "Lohn-Preis-Spirale" zu bedenken, daß es noch auf das einzelwirtschaftliche Verhältnis der Lohn- zu den Gesamtkosten ankommt. Außerdem ist es eine notwendige Bedingung für eine allgemeine Preissteigerung, daß die Änderungsrate der monetären Gesamtnachfrage größer ist als die des güterseitigen Angebots (reales Volkseinkommen). Damit kann aber eine solche Lohn-Preis-Spirale nur insoweit Ursache einer Inflation sein, als sie eine derartige Diskrepanz zwischen Angebot und Nachfrage schafft. Ein weiterer Erklärungsansatz für autonome Lohnerhöhungen kann auch darin gesehen werden, daß sich die Gewerkschaften bei ihren Lohnforderungen stets an den Branchen mit dem höchsten Produktivitätsfortschritt orientieren.

Ein noch neuerer Ansatz liegt in einer sogenannten Gewinndruck-Hypothese. Er geht davon aus, daß die Unternehmer selber einen inflationären Prozeß hervorrufen.[2] Dabei wird unterstellt, daß diese Preisfixierung seitens der Unternehmer, die als Inflationsmotor anzusehen ist, mit einem von den Nachfrageschwankungen nahezu unbeeinflußten Aufschlag auf die Produktionskosten erfolgt.[3] Dies ist in Zeiten anhaltender Konzentration und der darauf beruhenden Oligopolisierung oder

---

1) Vgl. W. Glastetter, a.a.O., S. 92, der von einer "Dominanz des Verteilungskonfliktes i.S. einer Durchsetzung von Verteilungszielen für die Entwicklung des Preisniveaus" spricht; ähnl. B.S. Frey, Inflation und Verteilung: Die Sicht der Ökonomischen Theorie der Politik, WiSt 1973, Nr. 1o, S. 457 ff, 458

2) vgl. W. Glastetter, a.a.O., S. 96 ff

3) vgl. auch F. Henzel, Wirtschaftswachstum und Preisstabilität - betriebswirtschaftlich gesehen, Volkswirt 1969, Nr. 3o, S. 29 f, wonach die von 66 % der Produktionsbetriebe angewandte Zuschlagskalkulation einen immanenten Preissteigerungscharakter hat.

Monopolisierung volkswirtschaftlicher Märkte ebenso zu erwarten wie in den Fällen, in denen Großunternehmen und der Staat "verwaltungsmäßige" Preisfestsetzungen betreiben, die die Marktgegenseite akzeptieren muß.

III. Marktmacht versus Stabilitätspolitik

Diese hypothetische Beweisführung erlangt auch in der Literatur zunehmende Bedeutung, indem immer mehr die Marktmacht - schon vorhanden oder noch entstehend - als Widersacher jeglicher Stabilisierungsbemühungen verstanden wird.[1] Auch der Sachverständigenrat ist mittlerweile von seiner früheren Harmonievorstellung abgerückt. Im Gutachten für 1970 vertrat er noch die These: "Eine Marktwirtschaft tendiert zwar, soweit sie im wesentlichen wettbewerblich organisiert ist, zu einem stabilen Preisniveau - von Störungen, die sich aus strukturellen Verwerfungen im Zuge des wirtschaftlichen Wachstums ergeben, abgesehen. Dieses Gleichgewicht ist jedoch labil gegenüber Änderungen der Nachfrage wie gegenüber Änderungen der Kosten, die alle Unternehmen betreffen oder immerhin so viele, daß Anpassungsprozesse bei den übrigen ausgelöst werden."[2] Im nachfolgenden Satz zeigte der Sachverständigenrat noch, daß er allein konjunkturelle Staatseingriffe für ausreichend erachtete, um die so gefährdete Stabilität zu sichern.

---

1) Vgl. insgesamt B. Gahlen u. H.K. Schneider (Hrsg.), Grundfragen der Stabilitätspolitik, a.a.O.; J.F.A.W. Franke, Marktmacht und Inflation, Zeitschrift für Wirtschaftswissenschaften 1973, S. 285 ff; L. Bußmann, Der Einfluß der Konzentration auf Preise und Gewinne, Köln 1965; W. Hofmann, Die säkulare Inflation, Berlin 1962; R.B. Heflebower, Conscious Parallelism and Administered Prices, in: Perspectives on Antitrust Policy, ed. by A. Phillips, Princeton N.J. 1965, S. 89 ff; A. Adelman, Problems and Prospects in Antitrust Policy - II, in: Perspectives ..., a.a.O., S. 32 ff; J.M. Blair, Price and Wage Flexibility, Economic Concentration and Depression Price Rigidity, AER, P.P. 1955, S. 566 ff; G. Ackley, Administered Prices and the Inflationary Process, AER 1959, S. 419 ff; G.C. Means, Industrial Prices and their Relative Inflexibility, Senate Documents 13 (74th Congress, 1st Session)

2) Sachverständigenratsgutachten 1970, a.a.O., Nr. 211

"Allein die staatlichen Instanzen sind in der Lage, eine ständige Übermacht der inflatorischen Kräfte zu verhindern, wenn sie bereit sind, gegebenenfalls die nötigen Finanzierungsmittel zu verweigern, Einkommen zu entziehen oder Ausgaben zu unterlassen, auf die die Privaten als Einnahmen rechnen konnten."[1)]

Eine solche traditionelle Sicht der Stabilisierungspolitik steht und fällt jedoch mit der Prämisse, daß jede gesamtwirtschaftliche Preisniveauerhöhung zumindest durch eine Minderung der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage bekämpft werden kann, ohne daß zugleich andere Ziele, wie Wachstum und Vollbeschäftigung, gefährdet werden. Eine darauf gegründete Politik kann aber nur dann erfolgreich sein, wenn die Unternehmer auf sie auch mit Preissenkungen und Gewinnschrumpfungen reagieren, die sich schließlich über nachlassende Investitionsgüternachfrage auf vorgelagerte Sektoren ausweiten. Doch abgesehen davon, daß eine solche Politik mit einer Vielzahl unternehmerischer Maßnahmen umgangen werden kann[2)], liegt ihre Hauptschwäche in der Voraussetzung und Annahme wettbewerblich reagibler Märkte.

Im Sinne dieses politisch-theoretischen Konzepts inkonforme Verhaltensweisen können aber um so leichter praktiziert und durchgesetzt werden, je größer die Marktmacht der einzelnen Unternehmen ist.[3)] Gleichzeitig folgt daraus, daß die im obigen Sinne zielorientierte Stabilitätspolitik um so schärfer sein muß, desto vermachteter die Marktstrukturen sind.[4)] Ungeachtet der ohnehin nicht vermeidbaren Wirkungsverzögerungen wird aber mit der Intensität der Maßnahmen zwangsläufig auch die Gefährdung anderer Ziele wie Vollbeschäftigung

---

1) Sachverständigenratsgutachten 197o, a.a.O., Nr. 211
2) vgl. im einzelnen R. Henschel, Institutionelle und organisatorische Hintergründe der Stabilitätspolitik, in: Grundfragen ..., a.a.O., S. 37 ff, 41 f
3) vgl. die diesbezüglich gleiche Feststellung bei H. Schumacher, Die ökonomische Macht ..., a.a.O., S. 1o ff
4) so in Ansätzen auch schon Sachverständigenratsgutachten 1971, a.a.O., Nr. 38o

und Wachstum zunehmen: "Bei einer konsequenten, aber nur traditionell ausgerichteten Stabilitätspolitik tragen also die Arbeitnehmer mit ihrem Beschäftigungsrisiko die Folgen der wirtschaftlichen Vermachtung. Von einem bestimmten Grad der Vermachtung an muß außerdem die traditionelle Stabilitätspolitik zu stagflatorischen Erscheinungen führen ..."[1] Diese die Wirkungen der Stabilitätspolitik herabsetzende Marktmacht erachtet Henschel als von folgenden Größen abhängig: "- vom Markteinfluß, den das Einzelunternehmen infolge seines Marktanteils auf Einzelmärkten ausübt; - von Zahl und Umfang der sektoralen Märkte, auf die das Unternehmen insgesamt Einfluß ausüben kann; - von der Einflußmöglichkeit auf Zulieferanten und Verteiler einerseits und auf die Hausbank oder andere Geldinstitute andererseits; - vom Grad der internationalen Verflechtung, die ein Ausweichen auf andere Märkte und Kapitaltransfer aus anderen Ländern ermöglicht."[2]

Daraus folgt, daß Stabilitätspolitik, will sie erfolgreich sein, nicht nur lang-, mittel- und kurzfristig sein muß[3], sondern insbesondere auch einen bestimmten institutionellen Rahmen benötigt. In diesem Sinne stellt nunmehr auch der Sachverständigenrat in seinem jüngsten Gutachten lapidar fest: "Wenn die Funktionsfähigkeit der Märkte durch Marktmacht beeinträchtigt wird, so ist die Stabilitätspolitik gehindert, ihre Ziele friktionsfrei zu erreichen. Deshalb sollte die Stabilitätspolitik durch eine Förderung des Wettbewerbs unterstützt werden, die die Funktionsfähigkeit von Gütermärkten verbessert, zumindest aber verhindert, daß sie weiter abnimmt."[4] Bedauerlich ist nur, daß der Sachverständigenrat diesen Zielvorstellungen - ähnlich wie der Beirat[5] - nicht

---

1) R. Henschel, a.a.O., S. 41; ähnl. E. Sohmen, Wettbewerb, Konzentration ..., a.a.O., S. 152
2) R. Henschel, a.a.O., S. 41
3) vgl. auch H. Enke, Ziele der Stabilitätspolitik: Neuinterpretation, Messungsprobleme, empirische Interdependenzen (einschließlich theoretische Deutung), in: Grundfragen ..., a.a.O., S. 3 ff, 19
4) Sachverständigenratsgutachten 1974, BT-Drucks. VII/2848, Nr. 350
5) vgl. S. 145 ff dieser Arbeit

treu bleibt. Denn obwohl er den Satz folgen läßt "Wer sich allein von der Erfahrung bestimmen läßt, wird dabei von der Wettbewerbspolitik nicht viel Unterstützung erwarten"[1], erwähnt er im positiven Sinne die Fusionskontrolle. Andererseits läßt er im Sinne obiger Ausführungen die richtige Feststellung folgen: "Zwar soll durch eine Reihe von Vorschriften des GWB die Wettbewerbsfähigkeit der mittelständischen Wirtschaft in einer Welt zunehmender Konzentration gestärkt werden; doch das geschieht in einer Form, durch die die mittelständischen Unternehmen tatsächlich nicht mehr ausreichend gehindert sind, den Wettbewerb wesentlich zu beschränken: durch Kooperation auch wettbewerbsbeschränkender Art, durch Aufstellung von Wettbewerbsregeln, die einen 'nicht leistungsgerechten' Wettbewerb ausschließen, durch Ausarbeitung von Empfehlungen für konformes Marktverhalten (Mittelstandsempfehlung)."[2] Was wäre in dieser Reihe der in sich keineswegs immer schlüssigen Mittel der Wettbewerbsbeschränkungen passender und angebrachter gewesen als die Nennung der nunmehr ausdrücklich legalisierten Fusionsmöglichkeit für eben diese Marktbereiche?[3] Doch von dieser Inkonsequenz abgesehen unterstützt nunmehr auch der Sachverständigenrat die These einer Beziehung zwischen Marktmacht und Wirksamkeit der Stabilitätspolitik und hält offensichtlich wie Henschel den Grad schon für erreicht, an dem die Stabilitätspolitik nicht mehr ohne erhebliche Einbußen wirken kann.[4] In diesem Zusammenhang wird die Hypothese Henschels insoweit konkreter, als er eine Schwächung dann annimmt, wenn mehr als ein Drittel des privatwirtschaftlich erzeugten Sozial-

---

1) Sachverständigenratsgutachten 1974, a.a.O., Nr. 350
2) ibid.; vgl. dazu auch BKA-Bericht für 1973, BT-Drucks. VII/2250, S. 7; E. Sohmen, Wettbewerb, Konzentration ..., a.a.O., S. 142 ff
3) vgl. zu ähnlicher Kritik am SVR D. Schmidtchen, Für eine konsequente Wettbewerbspolitik und über die Wege dorthin - Bemerkungen über das Wettbewerbsverständnis des Sachverständigenrates, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1973, S. 102 ff, 103
4) so auch E. Sohmen, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 152

produkts auf Unternehmen entfällt, die im Sinne der aufgezählten Kriterien Marktmacht ausüben.[1] Wenn hingegen der Anteil der marktbeherrschenden Konzerne auf 5o oder mehr Prozent stiege, "so dürfte die Funktionsfähigkeit der traditionellen Stabilitätspolitik ernsthaft in Frage gestellt sein." Dieser Schwellenwert ist nach Henschels Meinung seit den 6oer Jahren in der Bundesrepublik bereits überschritten.[2]

Bezüglich dieser letztgenannten Werte, die auch von Henschel nicht näher belegt werden, ist sicherlich Vorsicht geboten, doch zum einen kommt es auf dieses Problem für unsere Überlegung nicht wesentlich an, da diese auch die zukünftige Entwicklung mit einschließen muß, und zum anderen erhält die Aussage Henschels durch andere Untersuchungen einen gewissen empirischen Hintergrund. Da diese Untersuchungen zugleich gewisse Anhaltspunkte für die zukünftige Entwicklung auf den nunmehr der Konzentration ausdrücklich freistehenden Märkten liefern können, sollen auch sie kurz angesprochen sein. Wie der Sachverständigenrat unter Bezug auf Ermittlungen des BKA 1971 feststellte, daß preisgebundene Ware wohl im Aufschwung verteuert, nicht aber im Abschwung verbilligt wurde, so hat Galbraith charakteristische Divergenzen der Preisbewegung für verschiedene Preisgruppen festgestellt.[3] Er wies für den Untersuchungszeitraum die auch hier angenommene Tatsache nach, daß diese Disparitäten mit großen Unterschieden in der Marktstellung (market structure) korreliert waren. Selbst der Abbau des Koreabooms zog in wesentlichen Marktbereichen keinerlei Preisrückgang nach sich - und zwar insbesondere nicht im Bereich der Stahl- und Anlagegüterindustrie. Vielmehr stiegen in diesen Sektoren die Preise bis 1956 erheblich an, während

---

1) Dabei geht er teilweise von sehr viel geringeren Marktanteilen aus als sie im allgemeinen für das Kriterium der Marktbeherrschung verlangt werden, a.a.O., S. 42

2) ibid.

3) J.K. Galbraith, Market Structure and Stabilisation Policy, The Review of Economics and Statistics 1957, Vol. 39, S. 124 ff; vgl. auch derselbe, Monopoly Power and Price Rigidities, Quarterly Journal of Economics 1936, Vol. 51, S. 456 ff

die Konsumpreise zurückblieben und das Niveau anderer Preise beispielsweise für Baumwollwaren, Kunstfasertextilien und Erzeugnisse der Landwirtschaft absolut zurückgingen. Auf der Suche nach den Ursachen stellte er fest, daß es eine allgemeine Grenzlinie zwischen den Industriezweigen und Sektoren gab, in denen die Unternehmungen regelmäßig zahlreich sind und das Maß an Marktkontrolle gering ist gegenüber denen, wo Konzentration und Marktbeherrschung erheblich größer sind. Dabei schien die Scheidelinie aufgrund dieser Merkmale sogar zwischen Einzelmärkten zu verlaufen, denn während z.B. die Erzeugerpreise der Landwirtschaft fielen, blieben die Preise der wesentlich stärker konzentrierten Nahrungsmittelindustrie fast unverändert, so daß die Verarbeitungsspanne steil anstieg. Zusammenfassend kommt Galbraith zu dem Ergebnis, daß die Preise der Produkte aus hochkonzentrierten Sektoren auffallend gestiegen, hingegen die der wettbewerbsintensiveren Bereiche verhältnismäßig stabil geblieben sind.[1)]

Auch Hofmann bestätigt aufgrund statistischen Materials diese Ergebnisse nicht nur für das Amerika der Jahre 1947 bis 1960, sondern auch für Westdeutschland in der Zeit von 1950 bis 1960. Er stellt ebenfalls fest, daß überdurchschnittliche Preiserhöhungen hauptsächlich bei "Investitionsgütern und einigen Grundstoffen" stattgefunden haben, also in Bereichen, in denen "auch das Phänomen der Marktmacht bekanntlich eine bedeutend größere Rolle" spielt als beispielsweise in überwiegend konsumnahen Wirtschaftszweigen.[2)] Und wenn Gahlen für die Zeit von 1960 bis 1970 angibt, daß sich 50 % der Preissteigerungsraten allein aus den Preisbewegungen dreier Branchen erklären lassen[3)], so liegt u.E. die Gefahr weiterer Konzentration in bisher noch kompetitiven Bereichen hinsichtlich zukünftiger Stabilisierungsbemühungen auf der Hand. Dieses Problem der durch Private administrierten Preise[4)] stellt sich

---

1) Vgl. J.K. Galbraith, Market Structure ..., a.a.O., S. 125 f
2) vgl. W. Hofmann, Die säkulare Inflation, a.a.O., S. 50/51
3) vgl. G. Gäfgen, Bericht über die Diskussion zum Referat R. Henschel, in: Grundfragen ..., a.a.O., S. 45 ff, 49
4) vgl. SVR-Gutachten 1971, a.a.O., Nr. 380

somit als ein gesamtwirtschaftliches Korrelat des theoretisch weitgehend durchdrungenen einzelwirtschaftlichen Machtproblems - des Phänomens "Marktmacht" - dar, das in dieser komplexen Wirkung auf den volkswirtschaftlichen Gesamtprozeß und seine Steuerbarkeit überwiegend verkannt wird. Leider gelten diese erstmals in Amerika im Anschluß an die Konzentrationsphase gegen Ende des vorigen Jahrhunderts deutlich gewordenen Zusammenhänge auch für die Bundesrepublik in dem Sinne, daß zusehends gewachsene preispolitische Spielräume der Beteiligten das gesamtwirtschaftliche Preisniveau als Ganzes beeinflussen.[1)]

IV. Auswertung im Hinblick auf die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle

Aus dem vorangegangenen muß gefolgert werden, daß die Existenz absoluter Aufgreifkriterien mit der gesetzlich angeordneten Stabilisierungspolitik[2)] nicht kompatibel ist. Denn gerade die Existenz dieser Kriterien schließt eine wesentliche Möglichkeit aus, im hier herausgearbeiteten und belegten Sinne zu verhindern, daß die wettbewerbliche Funktionsfähigkeit der Gütermärkte im relevanten Bereich weiter abnimmt.[3)] Diese gefährliche Entwicklung der Märkte vom unangenehmen Wettbewerb weg über eine stetige Konzentration der Produktions- und Kapitaleinheiten hin zu einer kollektiven oder individuellen Marktführerschaft wird dabei in Zukunft nicht nur von dem unternehmerischen Streben nach Freiheitsgraden bei der Festlegung der Preise, der Ausnutzung der Kapazitäten und schließlich

---

1) Vgl. neben der bisherigen Literatur noch D.D. Humphrey, The Nature and Meaning of Rigid Prices, 1890 - 1933, Journal of Political Economy 1937, S. 651 ff; R.S. Tucker, The Reasons for Price Rigidity, AER 1938, S. 41 ff; E.S. Mason, Price Inflexibility, The Review of Economics and Statistics 1938, S. 53 ff, 57 ff; J.T. Dunlop, Price Flexibility and the "Degree of Monopoly", The Quarterly Journal of Economics 1939, Vol. 53, S. 522 ff; J. Backman, Price Inflexibility - War and Postwar, Journal of Political Economics 1948, Vol. 56, S. 428 ff; B. Molitor, Rückblick ..., a.a.O., S. 432 ff

2) wobei man Stabilisierungspolitik auch als Politik der Verfolgung aller Ziele des § 1 StabG auffassen kann; so H. Enke, a.a.O., S. 5

3) vgl. SVR-Gutachten 1974, a.a.O., Nr. 350

der Beeinflussung der Nachfrage durch eine aktive Verkaufspolitik usw."[1] getragen werden. Vielmehr werden die Inflation und die daran anknüpfende Stabilitätspolitik ohne den Flankenschutz einer allgemein gültigen Fusionskontrolle diesen Prozeß akzelerativ beeinflussen.

Zunächst sprechen schon gewichtige Gründe dafür, daß die Inflation ihrerseits die Konzentration fördert[2], so daß die Duldung der Konzentration sich über die dadurch verursachte Inflation zu einem ständig beschleunigenden Prozeß entwickeln wird, von dem gesamtwirtschaftliche Vorteile nicht zu erwarten sind.[3] Doch selbst eine konsequent gegen solche Prozesse gerichtete Stabilitätspolitik muß unter den jetzigen institutionellen Bedingungen konzentrationsfördernde Auswirkungen haben. Wie wir sahen, muß sie nicht nur nach der Hypothese Henschels und des Sachverständigenrates, sondern auch aufgrund neuerer empirischer Gesichtspunkte immer stärker betrieben werden, um die durch Konzentration und Marktmacht eintretende Abschwächung ihrer Wirkung zu überwinden. Eine insoweit intensivierte Stabilitätspolitik trifft aber wegen ihrer verschärften Maßnahmen in ganz überwiegendem Umfange vor allem die marktschwächeren Teilnehmer. Diese müssen wesentlich eher die Konsequenzen des Marktaustritts ziehen, weil sie beispielsweise ein stabilitätspolitisch erhöhter Diskontsatz in aller Regel stärker trifft als Unternehmen mit Marktmacht.[4] Aus dieser Tatsache kann auch noch nicht einmal der eventuell beruhigende Schluß gezogen werden, daß diese Unternehmen weniger

---

1) Th. Wessels, a.a.O., S. 356; vgl. auch H.J. Müller, Konzentration ..., a.a.O., S. 13o; P.E. Hardt, Concentration and its Measurement in the United Kingdom, in: Die Konzentration ..., Bd 2o/I, a.a.O., S. 653 ff, 655; W.F. Fellner, M. Gilbert, B. Hansen u.a., The Problem of Rising Prices, OEEC-Gutachten, o.O. 1961, S. 95 ff, 113 ff; Thorp, Quandt, The New Inflation, New York-Toronto-London 1959, S. 2o; J.K. Galbraith, Market ..., a.a.O., S. 124 f

2) W. Kellner, a.a.O., S. 1oo

3) F.A. Lutz, Gefahren und Vorteile einer leichten Inflation, in: Das Problem der Geldwertstabilität, Berlin 1959, S. 1o ff, 15, 17

4) vgl. H. Leibenstein, Allocativ versus "X-Efficiency", AER 1966, Vol. 56, S. 392 ff

leistungsfähig gewesen seien.[1] Je konsequenter also Stabilitätspolitik betrieben wird, je mehr Klein- und Mittelunternehmen zahlungsunfähig werden, desto mehr werden sich solche Unternehmen mit finanzstärkeren zusammentun und zusammentun müssen.[2]

Diese Zusammenhänge kennzeichnen einmal mehr die Notwendigkeit "einheitlicher" und widerspruchsfreier Konzeptionen und Vorstellungen. So kann deshalb auch nur eine rechtzeitige allgemeingültige Fusionskontrolle einer Verschärfung solcher Prozesse vorbeugen, deren Bremsspuren in den Jahren 1974/75 augenfällig zutage getreten sind.[3] Gleichzeitig wäre eine in diesem Sinne kongruente Wettbewerbs- und Stabilitätspolitik imstande, die aus ständigen Inflationsimpulsen resultierende disparitäre Entwicklung der einzelnen Wirtschaftsbereiche zu hemmen. Denn die Sektoren, in denen Preissteigerungen und damit Gewinnerhöhungen aufgrund von Marktmacht tendenziell möglich sind, investieren und expandieren stärker.[4] Diese Disproportionalitäten gefährden aber langfristig das Ziel ei-

---

1) L.B. Schwartz, Monopoly, Monopolizing, and Concentration of Market Power: A Proposal, in: Perspectives ..., a.a.O. 1965, S. 117 ff, 119 "Survival-power is not necessarily equivalent to superior efficiency."

2) vgl. auch E. Sohmen, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 152

3) vgl. die Statistik in: Wirtschaftswoche 1975, Nr. 9, S. 12

4) vgl. dazu Thorp, Quandt, a.a.O., S. 72; ferner B.G. Hickman, Postwar Cyclical Experience and Economic Stability, AER, P.P. 1958, S. 117 ff; umfangreiches statistisches Material findet sich dazu bei S. Cottle u. T. Whitman, Corporate Earning Power and Market Valuation 1935 - 1955, Durham/North Carolina 1959, S. 19, 63, passim; neuerdings finden sich diesbezüglich auch klare Aussagen bei der Bundesregierung: "Die Erfahrung zeigt, daß Überkapazitäten zumeist nicht auf die konjunkturell und technologisch bedingten Schwierigkeiten selbständiger Investitionsplanung zurückzuführen sind, sondern letztlich auf der oligopolistischen Struktur dieser Industriezweige beruhen. Überproportionale Gewinne reizen die Unternehmen in der Hochkonjunktur zu überhöhten Investitionen und locken überdies neue Investoren an.", Stellungnahme zum BKA-Bericht für 1971, a.a.O., S. IV

nes "angemessenen, stetigen Wachstums", indem aufgebaute Überkapazitäten Produktionsverluste nach sich ziehen.[1] Bekanntermaßen erwächst jedoch gerade aus solchen Situationen das Verlangen derer nach Zulassung von Kartellen und anderen ordnungspolitischen Maßnahmen[2], die zuvor staatliche Eingriffe streng ablehnten. Zur Begründung wird dann gerne auf angebliche gesamtwirtschaftliche Notwendigkeiten hingewiesen, obwohl es sich allenfalls um die Folgenbeseitigung gesamtwirtschaftlich schädlicher Weichenstellungen der Vergangenheit handelt.[3] Die auf solche Situationen hin ergehenden Maßnahmen sind deshalb als eine versteckte Preisgabe ordnungspolitischer Vorstellungen anzusehen, nach denen der Wettbewerb grundsätzlich frei und die Chancen grundsätzlich gleich sein sollen.

Da diese Grundsätze aber schon für die "Ausnahmebereiche" nicht gelten, die immerhin auf ein Drittel der Gesamtwirtschaft veranschlagt werden, so muß es als besonders gravierend angesehen werden, wenn durch Zulassung umfassender Konzentration in den durch die absoluten Kriterien ebenfalls geschaffenen

---

1) Daß die Inflation langfristig das Wachstum nicht begünstigt, ergibt sich empirisch u.a. daraus, daß in USA, Großbritannien und Deutschland vor 1896 bei sinkendem Preisniveau wesentlich höhere Wachstumsraten erzielt wurden als bei steigendem Preisniveau nach 1896. Vgl. W. Kellner, Generaldiskussion zum Referat von K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, a.a.O., S. 99 ff, 101

2) so auch die Bundesregierung: "In letzter Zeit sind verstärkt Bestrebungen zu beobachten, in hochkonzentrierten Industriezweigen Wettbewerb durch kollektive Planung bei Investitionen, Angebotsmengen und Preisen zu ersetzen.", Stellungnahme zum BKA-Bericht für 1971, a.a.O., S. IV; BKA, ibid., S. 5; E. Sohmen, a.a.O., S. 152

3) beispielhaft führte das Wettrennen der japanischen Stahlindustrie um neue Bauvorhaben trotz Produktionsdrosselung um 15 - 18 % zu keiner ausreichenden Preisstütze. Die Umsatzverdopplung konnte bei 3 der 5 größten Gesellschaften eine Dividendenstreichung nicht verhindern; Nippon Steel, die größte Firma, hatte 1972 einen Gewinnrückgang von 50 %. Ein Depressionskartell wurde genehmigt und weitere Kartelle für einzelne Produkte und andere Branchen wurden in Aussicht gestellt. Vgl. Die Welt v. 15.7.1971, S. 11; ferner E. Schmalenbach, Der freien Wirtschaft ..., a.a.O., S. 115 ff

Reservaten nun auch dort diese ordnungspolitischen Grundsätze sukzessive abgebaut werden können. Es mutet merkwürdig an, wenn gerade das Bundeskartellamt ausführt: "Sie (die Fusionskontrolle) bietet nunmehr die Möglichkeit, das dezentrale Lenkungs- und Kontrollsystem präventiv im Sinne der Erhaltung wettbewerblicher Strukturen dort zu sichern, wo seine Funktionsfähigkeit durch externes Unternehmenswachstum bedroht ist."[1] Daß die insoweit falschen Weichenstellungen sich bereits abzeichnen, zeigen die ersten Rufe nach einer weiteren Verschärfung des Stabilitätsgesetzes[2], obwohl dieses Gesetz allgemein als ein ausgezeichnetes und sachgerechtes Gesetz angesehen wird.[3] Es wäre deshalb richtiger, gerade auch im unteren und mittleren Unternehmensbereich die Durchkonzentrierung der Märkte zu unterbinden, da im ohnehin schon hochkonzentrierten großindustriellen Bereich wegen der Toleranzklausel, der Ausnahmemöglichkeit und der, wie sich zeigen wird, völlig unpraktikablen relativen Eingreifkriterien eine Konzentrationsdämmung nur sehr lückenhaft möglich ist. Schon wegen der Existenz absoluter Kriterien muß die Fusionskontrolle in Bezug zum Stabilitätsgesetz als einem Teil der Rechtsordnung als inkompatibel und im Hinblick auf die mit diesem Gesetz verfolgten Ziele als zielinadäquat angesehen werden.[4]

---

1) BKA-Bericht für 1973, a.a.O., S. 5, Unterstreichung vom Verfasser
2) vgl. "Schillers Experten prüfen Stabilitätsgesetz", Die Welt v. 17.2.1972, Nr. 4o, S. 11
3) vgl. Wirtschaftswoche 1971, Nr. 43, S. 18, 3o ff
4) wenn "sich die Erstarrung der Preise weiter durchsetzen sollte, so wäre in der Tat jeglicher Versuch der Inflationsbekämpfung vergeblich." G. Bombach, Ursachen der Nachkriegsinflation und Probleme der Inflationsbekämpfung, in: Stabile Preise in wachsender Wirtschaft, Das Inflationsproblem, hrsg. v. G. Bombach, Tübingen 196o, S. 187 ff, 199; etwas zurückhaltender, aber ähnlich: Der Sachverständigenrat: "Es bleibt deshalb zu vermuten, daß eine Wettbewerbspolitik, die den Grad der Wettbewerbsbeschränkung vermindern oder deren Zunahme verhindern will, auch stabilitätspolitisch einen Gewinn bringt." Gutachten 1971, a.a.O., Nr. 38o a.E.; K. Rose, Bemerkungen zur Theorie der Kosteninflation, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 1961, Bd 12, S. 337 ff, 345

Eine effektive Wettbewerbspolitik, also eine Politik, die alle Wettbewerbsbereiche erfaßt, ist ein anerkannt wichtiger Faktor für ein optimales Wachstum und ein stabiles Preisniveau.[1] Doch mit der dadurch gestellten "Aufgabe einer zukunftsorientierten Wirtschaftspolitik", die "die Entstehung und Ausbreitung nicht wettbewerblicher Industriestrukturen so weit wie möglich zu verhindern"[2] hat, läßt sich diese Fusionskontrolle nicht vereinbaren. Nur über die Aufrechterhaltung solcher allgemein wettbewerblicher Prozesse erscheint es auch möglich, das Kartellamt vor der zweifelhaften Rolle eines Preiskommissars zu bewahren.[3]

§ 5 Die Ausgestaltung der Fusionskontrolle im Vergleich zur Konzeption des GWB

Wenn wir nunmehr auch noch das GWB heranziehen, um aus ihm Maßstäbe abzuleiten, die zur Beurteilung der Fusionskontrolle verwendet werden können, so müssen sie über die bisherigen Feststellungen hinauswachsen, die wir in diesem Zusammenhang ohnehin schon getroffen hatten. Sie bestanden vornehmlich in dem Ergebnis, daß der allgemeingültige und lediglich nach relativen Merkmalen der Wettbewerbsbeschränkung aufgebaute § 1 GWB und die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle eine inkongruente Regelung ein und desselben Sachproblems darstellen. Diese Inkongruenz ist aber bei all ihrer Gewichtigkeit - abgesehen von Problemen der Transitivität und

---

1) So auch Report by the Secretary General, OECD (Hrsg.), Inflation. The Present Problem, Dec. 197o, S. 45; BKA-Bericht 1971, a.a.O., S. 1o ff; Stellungnahme der Bundesregierung dazu, ibid., S. V; Jahreswirtschaftsbericht 1973, a.a.O., S. 8, 1975, a.a.O., S. 15, 26

2) Stellungnahme der Bundesregierung zum BKA-Bericht 1971, a.a.O., S. V; ebenso zum BKA-Bericht 1972, a.a.O., S. I ff

3) vgl. "Monopolkommission kritisiert das Kartellamt, Eindringliche Warnung: Laufende Preiskontrollen müssen zur Investitionskontrolle führen." Die Welt v. 26.2.1975, Nr. 48, S. 13; zum Kartellamt als mutmaßlicher Inflationsbremse vgl. auch Wirtschaftswoche 1972, Nr. 27, S. 8, 1973, Nr. 32, S. 18

Konsistenz des GWB - noch kein Beweis dafür, daß solche absoluten Kriterien mit dem GWB schlechthin nicht vereinbar sind.

Um dazu eine Aussage machen zu können, bedarf es eines Rückzuges auf die Grundkonzeption des GWB.

I. Leitbilder im GWB - kritische Überlegungen

Die seinerzeitige Begründung der Regierung zum Entwurf des "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" ging von der Prämisse aus, "daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung" sei.[1] Der Sinn des GWB liege in der Verwirklichung einer Wettbewerbs- und Marktwirtschaft.[2] Dieser grundlegenden Vorstellung haben sich alle weiteren Äußerungen unterzuordnen wie beispielsweise die, daß der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung sei[3], und daß wirtschaftliche Macht und Monopole zugunsten der vollständigen Konkurrenz zurückzudrängen seien, wenn sie die freie Preisbildung beeinträchtigen.[4] Denn diese nachgenannten Aussagen stellen lediglich Ausprägungen der eingangs zitierten Thesen dar. Andererseits haben sie zu einer gewissen Undeterminiertheit der Basis und der zu realisierenden Ziele geführt, aus der in der Folgezeit unterschiedliche Wertgesichtspunkte abgeleitet wurden, die in der Literatur eine jeweils andere Gewichtung bekamen.[5] Da überdies der Ge-

---

1) Regierungsbegründung zum GWB, BT-Drucks. II/1158, v. 22.1. 1955, abgedr. in: Gemeinschaftskommentar, hrsg. v. H. Müller-Henneberg, G. Schwartz, 1. u. 2.A., Köln-Berlin-Bonn-München 1963, hier 1.A., S. 1057 ff

2) H. Seidel, Bayrischer Wirtschaftsminister in den Sitzungsberichten des Bundesrates, Nr. 123 v. 11.5.1954, auszugsw. Abdruck in WuW 1954, S. 440; vgl. auch W. Eucken, Wettbewerb, Monopol und Unternehmen, Bad Nauheim 1953, S. 12; H. Merz, a.a.O., S. 244

3) Begründung AV in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., S. 1059

4) Begründung AIV, ibid.

5) vgl. die Gesamtdarstellung bei W. Schinkel, Die sachliche Abgrenzung des Marktes in § 22 GWB, Diss., Göttingen 1962, S. 61 ff; W. Pendzig, "Markt" und "Wettbewerb", zwei grundlegende Begriffe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Hamburg 1964, S. 1 ff; F.-U. Willeke, Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973

setzgeber den Begriff des Wettbewerbs nicht definiert hatte, weil er eine Konkretisierung teils nicht für möglich, teils für unnötig hielt[1], wurde das GWB zum Tummelplatz unterschiedlicher Vorstellungen und "Leitbilder". Eine lediglich kursorische Darstellung mag mit den drei wesentlichen Standorten vertraut machen.

1. Die vollkommene Konkurrenz

Um die vollkommene Konkurrenz als mögliches Leitbild begreifen zu können, ist zunächst von personalbezogenen Wertgesichtspunkten auszugehen, die sich vor allem auf rechts- und gesellschaftspolitische Grundsätze stützen. Sie leiten ihren Geltungsanspruch vor allem aus dem Erfordernis einer gleichmäßigen Machtverteilung im Marktprozeß her, um damit zugleich eine Garantie des Art. 2 GG auch im Wirtschaftsbereich zu gewährleisten. Hinter diesem Ansatz steht die schon diskutierte und auch der Realität entsprechende Annahme, daß nicht nur staatliche Maßnahmen, sondern auch der Ausfluß überwiegender privater Macht die Persönlichkeitsentwicklung wesentlich beeinträchtigen können. Dabei taucht das ebenfalls schon aufgezeigte Problem auf, wonach sich die freie Entfaltung der Person in wirtschaftlicher Sicht besonders der Mittel des Eigentums und der Vertragsfreiheit bedient, vor deren allzu freizügigem Einsatz aber andererseits die Wirtschaftssubjekte zu schützen sind.[2] Fikentscher bezeichnet diesen Umstand zu Recht als Kollision gleichartiger Grundrechtsgüter.[3]

Dieser juristische Ansatz wäre vermutlich - wie sich noch zeigen soll - wesentlich schlagkräftiger gewesen, wenn nicht

---

1) Vgl. Gemeinschaftskommentar, a.a.O., S. 1173
2) H. Merz, Kartellrecht ..., a.a.O., S. 234; im Grunde zeigt sich hier nur das generelle Problem relativer Freiheit, der "Paradoxie" der Freiheit, vgl. K.R. Popper, a.a.O., Bd I, S. 173 f
3) W. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München-Berlin 1958, S. 79; zur praktischen Auswirkung vgl. RGZ, Bd 38/155; ferner F. Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, ORDO 1948, Bd I, S. 197 ff

der Versuch unternommen worden wäre, ihn ökonomisch abzusichern. So wurde aber der ökonomischen Theorie das Modell des "vollkommenen Wettbewerbs"[1] entlehnt, weil es am ehesten ein ökonomisches Pendant der juristisch und gesellschaftspolitisch vorgegebenen Werte zu sein schien. Nur teilweise wurde berücksichtigt, daß dieses Modell im Grunde in erster Linie die Optimalität wirtschaftlicher Ergebnisse darzustellen sucht und deshalb auch als Ausprägung des sogenannten "Pareto-Optimums"[2] gilt. Dieser Zustand optimaler gesamtwirtschaftlicher Versorgung wurde, obwohl Ziel und Ergebnis dieses Modells, lediglich wie ein willkommener Teilaspekt neben dem Gesichtspunkt der Freiheit gewürdigt. Diese Modellübernahme führte allerdings zu einer ständigen Modelldiskussion, bei der wesentliche Aspekte der juristischen Terminologie und Rechtsordnung hinter ökonomischen Problemen zurücktraten. Zwar hat schon Eucken als Ökonom die Forderung des Modells nach homogenen Gütern und horizontalen Nachfragefunktionen als unrealistisch abgelehnt[3] und die dem Modell entsprechenden Daten "nicht (als die) Daten der Wirtschaftspolitik"[4] angesehen, doch Böhm tendierte als Jurist zu einer stärkeren Realisierung des Modells.[5]

Nun liegt aber der prinzipielle Nachteil aller und insbesondere der ökonomischen Modelle darin, daß es der Ökonomie bisher nur unter mehr oder weniger komplexen ceteris-paribus -Bedingungen gelungen ist, aussagefähige Modelle allenfalls gegenüber spezifischen Fragen der Realität zu entwickeln. Auf der anderen Seite besteht das Problem, daß Modelle als Vorbilder oder Wunschbilder annäherungsbedürftig sind, wenn sie

---

1) Vgl. P.A. Samuelson, Volkswirtschaftslehre, Eine Einführung, 3.A., Bd II, Köln 1965, S. 129 f; H.v.Stackelberg, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Tübingen-Zürich 1951, S. 163 ff
2) vgl. im einzelnen H. Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd I, Grundlagen, Wiesbaden 1960, S. 106 ff
3) W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7.A., Heidelberg-Berlin-Göttingen 1959, S. 101
4) ibid., S. 158
5) vgl. F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, a.a.O., S. 18

überhaupt einen Sinn haben sollen. Dies gilt selbst dann, wenn man sie nur als "Referenzsituationen"[1] deklariert. Insofern erweist sich allerdings gerade das Ziel eines "vollkommenen Wettbewerbs" bei streng rationaler Betrachtung als absolut wettbewerbsfeindlich. Denn wenn das Bemühen um sachliche und sonstige Präferenzen per Homogenitätsannahme ausgeschlossen ist, wenn der Preis als ausdrucksstärkster und aktionsfähigster Parameter als Datum gebunden ist, wenn nicht einmal Innovationen wegen einer unendlichen Anpassungsflexibilität der Konkurrenten des Modells einen spezifischen Marktprozeß im Sinne von Heuß[2] auslösen können, dann existiert eine realistische sozialtypische Verhaltensweise Wettbewerb nicht. Mangels Interesse der Beteiligten ist diese Situation noch nicht einmal als wettbewerbsfähig anzusehen.[3] Wer aber dieses Modell zur Zielvorstellung erhebt, der wird die Realität diesem Wunschbild mit dem Ergebnis anpassen, daß in Verfolgung dieses Zieles von einem bestimmten Punkte an der Wettbewerb als sozialtypische Verhaltensweise immer stärker abgebaut wird, bis er schließlich im Zeitpunkt der Zielerreichung nicht mehr existiert.

Der Mangel solcher Modellansätze - und auch des noch zu besprechenden Kantzenbachschen Modells - liegt letztlich in der Suche nach Perfektion, zu der J.M. Clark einmal bemerkt hat: "for apraising dynamic progress 'perfection' is an irrelevant criterion".[4] Außerdem beinhaltet gerade das Modell der vollkommenen Konkurrenz ein weiteres gefährliches Moment, weil es das Modell einer rein ökonomischen Denkkategorie ist

---

1) Vgl. F.-U. Willeke, a.a.O., S. 14 u. passim
2) E. Heuß, Allgemeine Marktttheorie, Tübingen 1965
3) F.A. v. Hayek, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952, S. 127 f; derselbe, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge, N.F., Nr. 56, Kiel 1968, S. 8; J.M. Clark, Competition: Static Models and Dynamic Aspects, AER, P.P. 1955, Vol. 45, S. 455 f
4) J.M. Clark, Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1962, S. 2; ähnlich J.K. Galbraith, Monopoly and the Concentration of Economic Power, in: A Survey of Contemporary Economics, Bd I, Philadelphia 1948, S. 87 ff, 118

und auch nicht annähernd das eigentlich anstehende Problem der Freiheit zu lösen vermag. Besonders für ökonomische Modelle stellt sich die Freiheit immer wieder als eine höchst unliebsame Größe dar. Sie vermehrt den Bestand der Variablen und mindert zugleich die Operationalität und Praktikabilität eines solchen Modells. Aus diesem Grunde ist es besonders ökonomischen Modellen zueigen, den Menschen als Träger ökonomischer Verhaltensweisen in einem unfreien Sinne zu determinieren. Prototyp für ein solches Vorgehen ist die Annahme des Rationalverhaltens. Erst der sich in diesem Sinne verhaltende Mensch ist für das Modell operational, indem er von den möglichen Alternativen immer die wählt, mit der er dem "ökonomischen Prinzip" Rechnung trägt.

Vom Modell her ist dieses Vorgehen notwendig. Denn wenn die Haushalts- und Unternehmenstheorie z.B. allgemein formulierte Aussagen über die Haushalte und Unternehmen machen will, dann ist sie gezwungen, von einer homogenen Verhaltensweise der heterogenen Wirtschaftssubjekte auszugehen. Nichts liegt im ökonomischen Bereich dann aber näher als einen "homo oeconomicus" zugrunde zu legen, der in seinen Handlungsabläufen nach dem Rationalprinzip determiniert, aber auch unfrei ist. Nur diese sehr wichtige, aber freiheitsfeindliche Implikation versetzt das Modell der vollkommenen Konkurrenz in die Lage, Pareto-optimale Zustände hervorzubringen. Die Abweichung von dieser Annahme in auch nur einem Falle würde hingegen das Modell in völlige Unbestimmtheit versetzen.

Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß dieses und ähnliche Modelle selbst bei Erfüllung all ihrer hier nicht weiter interessierenden Voraussetzungen das Problem der Freiheit nicht zu lösen vermögen. Denn Freiheit kann nicht in einer atomistischen Struktur der vollkommenen Konkurrenz, und damit in einer strukturell erzwungenen Gleichheit liegen, wie sie etwa auch Biedenkopf als "gleichheitsgebundene wirtschaftliche Freiheit"[1] vorschwebt, wenn zugleich eine Veränderung

1) K. Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 26 ff, 3o ff

dieser Gleichheit ausgeschlossen ist.[1] Das Modell der vollkommenen Konkurrenz dient demnach nicht dem Ziel der Freiheit, sondern allenfalls einer rein wohlfahrtsökonomischen Zielsetzung, für die es auch ursprünglich konzipiert worden ist. Es muß aber zugleich daran erinnert werden, daß es gerade nicht "der ökonomische Nutz- und Leistungseffekt ... (war), den man durch Monopole für bedroht hielt, sondern die soziale Gerechtigkeit und die bürgerliche Freiheit."[2] Diese Modellvorstellung hat deshalb auch aus diesen Gründen in der Literatur bis zur weitgehenden Aufgabe Abwandlungen erfahren.[3]

2. Der neoklassische Ansatz Hoppmanns

So hat auch Hoppmann, der als Protagonist einer freiheitlichen Wettbewerbsdefinition gelten kann[4], herausgearbeitet, daß zwar prinzipiell gegen die Verwendung von Modellen keine

---

1) Vgl. E. Hoppmann, Zum Schutzobjekt ..., a.a.O., S. 96/97
2) F. Böhm, Demokratie ..., a.a.O., S. 6; I. Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699 ff, 7oo
3) vgl. neben anderen schon zitierten Äußerungen K. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958, S. 153; derselbe, Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, WuW 1968, S. 9 ff; F.A.v.Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, ORDO 1967, Bd XVII, S. 26 ff; R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 199 ff; derselbe, Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959, S. 129, 185
4) vgl.: E. Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1966, Bd 179, S. 286 ff; derselbe, Workable Competition (funktionsfähiger Wettbewerb). Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1966, Bd 1o2, S. 249 ff; derselbe, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Th. Wessel zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 145 ff; derselbe, Zum Schutzobjekt des GWB, Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 63 ff; derselbe, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen

Bedenken bestünden, daß aber diese Modelle vorher den Nachweis erbringen müßten, den jeweiligen Zielsetzungen zu entsprechen.[1)]

Hoppmann selbst geht deshalb auf die Vorläufer der vollkommenen Konkurrenz, auf die Klassiker, insbesondere Adam Smith, zurück.[2)] Dessen Vorstellungen von einer Wettbewerbswirtschaft basierten auf einer mechanistisch-metaphysischen Schau der ökonomischen Zusammenhänge und können als fester Bestandteil der ökonomischen Lehre angesehen werden. Motor aller Bewegungen und Prozesse sind danach die egoistischen Wünsche und Bestrebungen der Wirtschaftssubjekte, die sich entweder bei den Haushalten auf eine Nutzen- oder bei den Unternehmen auf eine Gewinnmaximierung richten. Da sich diese Wünsche und Bestrebungen aber nur in einer Welt knapper Güter und Ressourcen realisieren lassen, ist der einzelne gezwungen, rational, d.h. nach den Regeln des ökonomischen Prinzips[3)], vorzugehen. Um die jeweils knappen Dinge entbrennt deshalb bis hin zum Anteil am Sozialprodukt ein ständiger Wettbewerb mit der Folge, daß die jeweiligen Leistungsergebnisse und damit auch das Sozialprodukt selbst stets einen maximalen

---

Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd 48, Hrsg. H.K. Schneider, Berlin 1968, S. 9 ff (gestraffte Vortragsfassung von Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO 1967, Bd XVIII, S. 77 ff); derselbe, "Neue Wettbewerbspolitik": Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung (Bemerkungen zu einem "neuen Leitbild der Wettbewerbspolitik"), Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 197o, Bd 184, S. 397 ff; derselbe, Fusionskontrolle, Tübingen 1972

1) E. Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition ..., a.a.O., S. 29; derselbe, Zum Schutzobjekt des GWB, a.a.O., S. 96/97

2) vgl. zum folgenden auch H.St. Seidenfus, Die Wandelbarkeit des Wettbewerbsbegriffs, in: Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hrsg. Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 83 ff

3) dieses Prinzip, auch Wirtschaftlichkeits- oder Rationalprinzip genannt, hat zwei Ausprägungen: nämlich mit bestimmtem Mitteleinsatz einen maximalen Erfolg oder einen bestimmten Erfolg mit minimalem Mitteleinsatz zu erreichen.

Wert erreichen. Sofern der subjektive Maximierungswille vorhanden ist, läuft dieser Prozeß mechanisch-automatisch. Wie in der mechanischen Physik wird dabei unterstellt, daß die Summe der so ablaufenden Prozesse immer wieder zu einem wirtschaftlichen Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage bei bestmöglicher Ausnutzung der Ressourcen führt.

Mit diesem mechanistischen Aspekt verband Smith eine darüber hinausgehende metaphysische Idee. Unbeabsichtigt resultiert nämlich aus den Egoismen und deren subjektiven Maximierungswillen ein Gemeinwohleffekt, wonach die Summe der so eintretenden wirtschaftlichen Anstrengungen der einzelnen zugleich die allgemeine Wohlfahrt erhöht. Gleichzeitig verhindert der Konkurrenzkampf die ungehemmte Durchsetzung persönlicher Ziele; eine "verborgene Hand" sorgt dafür, daß das Wettbewerbsverhalten das Wohl aller erhöht. "Die Identität zwischen Selbst- und Gesamtinteresse bedeutet somit auch eine moralische Legitimation des Egoismus als Antriebsmotor des liberalen Wettbewerbssystems".[1)]

Auf dieser Grundvorstellung fußt auch die neoklassische Wettbewerbskonzeption Hoppmanns.[2)] Dabei wird allerdings der Tatsache Rechnung getragen, daß ein insoweit völlig freier laissez-faire-Kapitalismus gerade wegen des Fehlens einer "prästabilisierten Harmonie" als gesamtwirtschaftliche Konzeption spätestens seit der Weltwirtschaftskrise der Jahre 1929/1930 als widerlegt anzusehen ist. Andererseits wird aber die Vorstellung von Adam Smith weiter verfolgt, der auf der Suche nach einem Prinzip, das eine freie und reiche Gesellschaftsordnung garantieren könne, auf den freien Wettbewerb stieß. Die freie Wettbewerbswirtschaft wurde für ihn und andere gleichzeitig zu einem freien System des Wohlstandes und des wirtschaftlichen Fortschritts. Diese Verbindung von Freiheit und Effizienz ist es aber gerade, die letztlich den Streit der Konzepte beherrscht und zu einer Verhinderung praktikabler

---

1) H.St. Seidenfus, a.a.O., S. 85
2) vgl. M. Tolksdorf, Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie ..., Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1969, Bd 183, S. 61 ff

und vor allem grundgesetzkonformer Lösungen führt. Denn nur das simultane Erfüllen-Wollen beider Aspekte macht eine positive Definition des Wettbewerbs nötig wie auch unmöglich. Es ist deshalb zu untersuchen, ob die Formulierung "Was ist Wettbewerb?"[1] tatsächlich die Gretchenfrage des GWB sein muß.

Hoppmann zeigt selbst die drei Bereiche auf, innerhalb derer der Entscheid für Wettbewerb begründet werden kann: "Das Leitbild entstand in der Zeit einer wettbewerbspolitischen Diskussion über die Frage, ob der Wettbewerb gewünscht werde, um ökonomisch nützliche und vorteilhafte Ergebnisse zu erzielen, ob ihm lediglich meta-ökonomische Aufgaben, wobei vor allem die Freiheitsidee erwähnt wird, zukommen, oder ob er nicht beides zugleich soll."[2] Hoppmann entscheidet sich nun für die letzte Alternative, indem er zwar grundsätzlich die wirtschaftliche Freiheit voranstellt[3], die aus ihr entstehende "spontane Ordnung" unter Bezug auf von Hayek[4] zugleich aber im Sinne der Klassik mit allgemeiner ökonomischer Vorteilhaftigkeit identifiziert.[5] "Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit sind zwei Seiten derselben Medaille ... Demnach kann es keine Alternative, keinen Konflikt und kein Problem der Vorrangigkeit zwischen beiden Zielen geben."[6] In diesem Zusammenhang lehnt Hoppmann jede Auffassung von einer Prädominanz eines dieser beiden Aspekte ab und begründet entsprechende Vorgehensweisen mit einem möglicherweise isolierten Nebeneinander der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.[7] Gerade die Richtigkeit dieser Behauptung wird uns zu beschäftigen haben.

---

1) Vgl. E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik", a.a.O., S. 397
2) ibid., S. 404
3) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 9 ff; derselbe, Wettbewerb als Norm ..., a.a.O., S. 79 ff; derselbe, Workable Competition (funktionsfähiger ...), a.a.O., S. 266 derselbe, Zum Problem einer ..., a.a.O., S. 15
4) F.A. v. Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, a.a.O., S. 11 ff, 13 f; derselbe, Der Wettbewerb als ..., a.a.O., S. 7 ff
5) vgl. E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 18 ff; Wettbewerb als Norm ..., a.a.O., S. 60 ff; "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 404 ff
6) E. Hoppmann, Wettbewerb als Norm ..., a.a.O., S. 82
7) ibid., S. 60 ff, bes. 63

So wie Hoppmann glaubt, die Problemlosigkeit seines Ansatzes mit der Metapher der zwei Seiten ein und derselben Münze dargestellt zu haben, so kann gerade dieses Bild auch benutzt werden, um die Problematik seiner These darzutun. Denn je nachdem welche der beiden Seiten dieser Münze ich zu sehen wünsche, entschwindet die andere Seite meinem Blickfeld. Damit soll die Tatsache aufgezeigt sein, daß Freiheit bzw. im hier relevanten Bereich die wirtschaftliche Freiheit und die Effizienz im Hoppmannschen Sinne funktional voneinander abhängen, wobei diese Funktionalität weder theoretisch noch praktisch determiniert ist.

Dies mag folgende Gegenüberstellung zeigen. Die vollkommene Konkurrenz ist nur bei Annahme gleicher Kostenstrukturen in der Lage, den Markt mit Gütern besser zu versorgen als der Monopolist. Dieser könnte jedoch möglicherweise economies of scale realisieren und außerdem zur besseren Durchsetzung des technischen Fortschritts befähigt sein. Nun sind aber die Freiheitsaspekte der Marktteilnehmer in beiden Fällen völlig unterschiedlich. Waren die Anbieter der vollkommenen Konkurrenz in einem schon bezeichneten Sinne unfrei, hingegen die Nachfrager wegen der Vielzahl der Ausweichmöglichkeiten frei, so ist es im Monopolfalle umgekehrt. Selbst jede beliebige Marktform zwischen den Extrempunkten des Monopols und der vollkommenen Konkurrenz unterscheidet sich von anderen wie auch von allen gleichgelagerten Situationen, wenn trotz gleicher Freiheitsgrade der Teilnehmer ein jeweils anderes Rivalitätsempfinden herrscht. Entsprechend unterschiedlich, aber auch indeterminiert, sind die ökonomischen Ergebnisse. Somit fehlt also eine eindeutige Zuordnung zwischen Freiheits- und Effizienzgraden. Diese Problematik wird um so evidenter, desto mehr wir in Abweichung von der durch gesetzliche Regeln immerhin ungebundenen Marktfreiheit eines Adam Smith zu einer gebundenen Freiheitsbetrachtung modernerer Prägung kommen. Denn es ist keinesfalls sicher, daß die gebundene heutige Freiheit noch die klassischen Effizienzforderungen zu erfüllen vermag, die auf dem Postulat einer völlig

ungebundenen Freiheit beruhten. Doch selbst wenn wir von dieser zusätzlichen Schwierigkeit absehen, muß sich für jeden, der Freiheit und Effizienz als gleichzeitige und gleichwertige Ziele annimmt, das Problem stellen, wie und nach welchem Maßstab die Freiheit zu binden ist.

Deshalb kommt auch Hoppmann zu der Feststellung: "Es stellt sich nun die Frage, wie das marktwirtschaftliche Interaktionssystem ausgestaltet sein muß, wenn es die Idee der ökonomischen Effizienz weitestgehend verwirklichen soll."[1] Es ist wohl dieser Punkt, an dem sich die Gretchenfrage offenbart. Denn hier wird unzweideutig die "Idee der ökonomischen Effizienz", die ja ein gleichrangiges Ziel für Hoppmann neben der Freiheit ist, die aus den vorangegangenen Überlegungen mit ihr aber nicht in einer eindeutigen oder gar eindeutig umkehrbaren Beziehung steht, zum Maßstab für die Ausgestaltung des Interaktionssystems gemacht. Zugleich wird damit der funktionale Zusammenhang zwischen Freiheit und Effizienz anerkannt. Wer aber in diesem Zusammenhang eine solche funktionale Beziehung zwischen zwei Werten herstellt, der wird für den Fall, daß er die am Markt mögliche Freiheit zutreffend nur als relative Freiheit begreift[2], zugeben müssen, daß die Veränderung solcher relativen Freiheiten die Effizienz beeinflußt.

Da sich aber zwischen Freiheit und Effizienz der funktionale Zusammenhang nicht zu einer strengen Korrelation in dem Sinne verdichten läßt, je mehr Freiheit desto mehr Effizienz, sondern durchaus auch gegenläufige Entwicklungen möglich sind, begibt sich Hoppmann - gewollt oder ungewollt - auf den Boden der Beziehungszusammenhänge, die die Diskussion um den Grad der Freiheit zum Zwecke der besten Effizienzregelung zulassen. Denn welcher Grad an Freiheit erlaubt den "Prozeß des Forschens und Erschließens neuer Möglichkeiten,

---

1) E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 411

2) E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 16; "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 412 f; Wettbewerb als Norm ..., a.a.O., S. 80

des Strebens nach neuen Horizonten, der Vermittlung relevanter Informationen und der Erprobung von Alternativen, wobei die besseren ausgewählt und die ungünstigeren verworfen werden"[1], der bei der Notwendigkeit relativer Freiheiten im Sinne Hoppmanns zugleich auch ökonomisch effizient ist? Gerade dieser gleichgewichtige Standort gegenüber den Zielen Freiheit und Effizienz führt wegen deren funktionaler Verknüpfung zu einem Relativierungsproblem. Sobald die Freiheit ihren Sinngehalt aber ausschließlich oder auch nur gleichzeitig aus einem Effizienzgedanken ableitet, wird sie in einem unerträglichen Sinne relativiert.

Dies zeigt sich schon in der allgemeinen Formulierung Hoppmanns, wonach ein "gewisser 'Spielraum' gesichert"[2] werden soll oder in seinem Eingeständnis, daß "sich auch nicht positiv beschreiben und konkretisieren (ließe) was ein 'hinreichendes Ausmaß' an Aktionsspielraum jeweils" sei.[3] So richtig diese Aussagen im Sinne eines praktikablen Vorgehens gegenüber dem Phänomen Freiheit sind, so wenig läßt sich aus ihnen und der Gesamtkonzeption Hoppmanns ein Maß für die Art der "Spielregeln"[4] ableiten. Denn auch die Aufstellung solcher negativ verstandenen Spielregeln kann nur aus den Zielen selbst und der ihnen jeweils zugewiesenen Größenordnung abgeleitet werden. Deshalb ist auch dem aus der Moral entlehnten Begriff "'willkürlich'"[5] nicht im Sinne Hoppmanns die Kraft zuzugestehen, das 'hinreichende Maß' an Freiheitsspielräumen zu bestimmen. Vielmehr bleibt, wenn man diese

---

1) E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 412
2) ibid., S. 412
3) Fusionskontrolle, a.a.O., S. 16
4) vgl. zum Problem der Spielregeln A. Kellermann, Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 61 ff
5) E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 16/17: "Die Aktionsspielräume ('Freiheitsbereiche') müssen vielmehr negativ abgegrenzt werden, indem man sie als 'hinreichend' ansieht, solange von anderen Marktteilnehmern nicht 'willkürlich' in (sie) ... eingegriffen wird."

Spielräume nicht aus der zuzugestehenden Freiheit selbst ableitet, erneut die Einbruchsstelle, sie aus der ja ebenfalls das Ziel gewollten Effizienz herzuleiten.

Auch das an anderer Stelle genannte Kriterium, "niemand darf die Spielräume anderer über Gebühr bzw. unangemessen beschränken"[1], trägt noch keinen Maßstab in sich. Deshalb zieht sich auch Hoppmann auf den Effizienzgedanken zurück: "Die Idee der ökonomischen Effizienz erfordert ein marktwirtschaftliches Interaktionssystem, in dem Bildung von Macht bei einzelnen Teilnehmern durch derartige allgemeine, abstrakte Spielregeln begrenzt ist."[2] Soweit aber feststeht, daß eine eineindeutige Beziehung zwischen Freiheit und Effizienz nicht angenommen werden kann und erst recht keine Identität zwischen diesen Größen besteht, folgt aus diesem Zitat, daß die ökonomische Effizienz in der Hoppmannschen Terminologie den Maßstab für die negative Bestimmung der Freiheit abgibt. Hier liegt aber unverkennbar ein Zirkelschluß vor: Die die relative Freiheit schützende Spielregel nimmt das Maß ihrer Ausgestaltung aus der als Ziel angestrebten Effizienz, die ihrerseits das Ergebnis der "relativ freien Prozesse" und damit der ihnen zugrunde liegenden und zu schützenden Freiheit ist. Damit wird die Freiheit zu einem noch nicht einmal operational auf die ökonomischen Funktionen bezogenen Wert.[3]

Wie die vollkommene Konkurrenz kein Leitbild sein kann, weil sie mit freiheitsfeindlichen Prämissen für spezifisch ökonomische Zielsetzungen gebildet worden ist, so zeigt der neoklassische Ansatz ein grundlegendes Mißverständnis. Denn es wird die Vorstellung der Klassiker einschließlich deren Ergebnisse übernommen, ohne zu bedenken, daß sich zumindest

---

1) E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 413
2) ibid.
3) vgl. zur ähnlichen Problematik der Ausnahmebereiche M. Tolksdorf, a.a.O., S. 61 ff; dagegen E. Hoppmann, Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, zugleich eine Bemerkung zum Diskussionsbeitrag v. M. Tolksdorf "Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie als Grundlage der Wettbewerbspolitik." Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1973, Bd 187, S. 161 ff

eine Prämisse erheblich geändert hat. Immerhin ging Smith von einer total ungebundenen Freiheit der Marktteilnehmer aus, die lediglich am Markt durch das gleichzeitige Agieren relativiert wurde. Sein Freiheitsbegriff war also in einem beschränkten Sinne verabsolutiert, so daß es für ihn keine Relativierungsprobleme gab. Ein Maximum an Freiheit erzeugte ein Maximum an Wohlstand. Die Neoklassik geht hingegen von einer zweifach relativierten Freiheit aus. Zum einen ist sie wie bei Smith durch die Existenz der Marktpartner und Konkurrenten, darüber hinaus aber auch noch durch die Spielregeln des Staates relativiert. Da es sich in der Beziehung zwischen Freiheit und Ergebnis überdies nicht um statische, sondern um dynamische und ungewisse Interdependenzen handelt, kann nicht einmal behauptet werden, daß ein bestimmtes Maß zusätzlicher Freiheitsrelativierung bzw. -beschränkung ein bestimmtes Quantum weniger Effizienz erzeugt und umgekehrt. Dies gilt selbst dann, wenn das Maß für die zusätzliche Relativierung der Freiheit außerökonomisch begründet wird - erst recht aber dann, wenn dieses Maß aus nicht näher determinierten Effizienzgesichtspunkten abgeleitet werden soll. Ohne eindeutige oder gar eineindeutige Beziehung zwischen relativer Freiheit und Effizienz kann also weder ein bestimmtes Maß an Effizienz aus bestimmten Freiheitsgraden noch ein bestimmter Freiheitsgrad aus bestimmten Effizienzen abgeleitet werden. Es ist deshalb auch ein erheblicher Unterschied, ob man wie Hoppmann vordergründig von der Freiheit ausgeht, aber zugleich die Idee der Effizienz als gleichrangiges Ziel "weitestgehend" zu erreichen sucht, oder ob man die Freiheit außerökonomisch begründet, wie es letztlich auch Smith aus einer total liberalen Grundeinstellung tat, um dann die erwartetermaßen guten ökonomischen Ergebnisse billigend in Kauf zu nehmen.

Diese Dominanz des Effizienzstandpunktes über die Freiheitsaspekte hat sich bei Hoppmann auch gegenüber der Fusionskontrolle unverkennbar gezeigt. Zwar verlangte er früher ein Verbot solcher Zusammenschlüsse, die zu einer marktbeherrschenden Stellung führten, war jedoch gleichzeitig bereit, Ausnahmen

zuzulassen, soweit die ökonomischen Vorteile gemessen an den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung überwogen.[1] Daran hat sich allerdings in jüngeren Stellungnahmen insofern etwas geändert, als Hoppmann nunmehr für ein per-se-Verbot plädiert, dabei jedoch kleinere Märkte und Fusionen nicht unbedingt unter das Verbot fallen lassen will.[2]

3. Die Grundvorstellungen eines effizienzbezogenen Konzepts nach Kantzenbach

Der Hoppmannschen Vorstellung steht eine Konzeption entgegen, die sich in ihrer eigenen Komplexität zumindest nicht zu Lasten der Freiheit ungewollt verstrickt, sondern die offen die Effizienz als Ziel in den Vordergrund stellt. Die Freiheit wird explizit vor die ökonomische Klammer der Betrachtung gesetzt und als Kriterium der Mittelstandspolitik angesehen. Der Grad ihrer jeweiligen Beachtung als selbständiger Wert läßt sich dann als Abweichung von einer "wohlfahrtsoptimalen Marktform" aus der Perspektive sozialer Kosten begreifen.[3]

Schon Benisch[4], Würdinger[5] und Knöpfle[6] verstanden das GWB als Mittel einer Wirtschaftspolitik und erachteten den Schutz der persönlichen wirtschaftlichen Freiheit lediglich als Reflex dieses Gesetzes. Doch erst Kantzenbach legt im obigen Sinne uneingeschränkten Wert auf die ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs und stellt sie unter Bezugnahme auf

---

1) Vgl. E. Hoppmann, Das GWB bleibt ..., a.a.O., S. 685; ähnlich: Gemeinschaftsbeitrag, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 22
2) E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 88
3) E. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Wirtschaftspolitische Studien, Bd 1, 2.A., Göttingen 1967, S. 13/14
4) W. Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764 ff
5) H. Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, S. 721 ff; derselbe, Exportkartell und EWG, WuW 1960, S. 313 ff
6) R. Knöpfle, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, S. 159 ff

J.M. Clark[1] in den Mittelpunkt seines Konzepts.[2] Dieses Konzept ist in seinen Grundzügen wie folgt aufgebaut: Es beabsichtigt, Intensitätsparameter des Wettbewerbs aufzuzeigen, um mit ihrer Hilfe der Wettbewerbspolitik klare Maßstäbe für wettbewerbsregulierende Eingriffe zu geben. Dabei geht Kantzenbach in Anlehnung an K. Schiller[3] von einem Wettbewerbsbegriff aus, wonach "Konkurrenz als ständiger Prozeß der Rivalität, des Kampfes und der Auslese, den Wettbewerb von 'neu gegen alt' ..."[4] beinhaltet. Einen Maßstab zur Beurteilung dieser Rivalität glaubt Kantzenbach in Anlehnung an J. Niehans darin sehen zu können, mit welcher "Geschwindigkeit ... die Vorsprungsgewinne, die der technische Fortschritt den Unternehmen einbringt, von der Konkurrenz wieder weggefressen werden."[5] Die Bestimmungsgröße dieser Wettbewerbsintensität glaubt er dem Grad der oligopolistischen Interdependenz entnehmen zu können, da hier eine Existenzgefährdung der passiven Konkurrenten durch die Innovationen der aktiven besteht.[6] Zu Modelldeterminanten dieser oligopolistischen Interdependenz erhebt Kantzenbach den Marktanteil bzw. die Zahl der Konkurrenten, die Kapazitätsauslastung der jeweiligen Industrie und schließlich die Beweglichkeit der Nachfrage, die anhand des jeweiligen Marktvollkommenheitsgrades dargestellt wird.[7] Daraus folgt, daß der oligopolistische Interdependenzgrad um so größer ist,

1. je größer c.p. der Marktanteil des aktiven Konkurrenten ist,
2. je größer c.p. die unausgenutzten Kapazitäten und das Warenlager des aktiven Konkurrenten sind,

---

1) Vgl. J.M. Clark, Competition as a Dynamic Process, a.a.O., S. 41 ff, der allerdings von jedem Konzept herangezogen werden kann, das die Abkehr von platonischen Modellen bejaht.
2) E. Kantzenbach, a.a.O., S. 15 ff
3) K. Schiller, Art. Wirtschaftspolitik, HdSW, Bd 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 21o ff, 214
4) E. Kantzenbach, a.a.O., S. 32; ähnl. J.M. Clark, a.a.O., S. 2
5) J. Niehans, Das ökonomische Problem des technischen Fortschritts, Schw.Z.V.St. 1954, Bd 9o, S. 151 ff, 156
6) vgl. E. Kantzenbach, a.a.O., S. 39 f, 87 ff
7) ibid., S. 43 ff

3. je größer c.p. die Beweglichkeit der Nachfrage zwischen den passiven und aktiven Konkurrenten in Bezug auf die Aktionsparameter des aktiven Konkurrenten ist.[1)]

Unter der zusätzlichen restriktiven Modellannahme gleich großer Läger, Marktanteile und Kapazitäten ergibt sich für das Modell, daß die sogenannte potentielle Wettbewerbsintensität ceteris paribus um so mehr steigt,

1. je geringer die Zahl der Konkurrenten ist,
2. je geringer die Kapazitätsauslastung der "industry" ist und
3. je höher die Marktvollkommenheit (Produkthomogenität und Markttransparenz) ist.[2)]

Unter Hinweis auf Saison-, Konjunktur-, Struktur- und Wachstumseinflüsse wird nun in einem weiteren Schritt der Kapazitätsgesichtspunkt ausgeschieden, weil er sich schnell verändern könne, die Wettbewerbspolitik jedoch weniger flexibel sei.[3)] Daraus leitet sich dann die Feststellung ab, daß die potentielle Wettbewerbsintensität mit abnehmender (zunehmender) Zahl der Konkurrenten steigt (fällt), wie auch mit zunehmender (abnehmender) Marktvollkommenheit.[4)]

Das so entwickelte theoretische Konzept wird nun mit der Tatsache konfrontiert, daß diese reinen Modellannahmen durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt werden können. Denn nach aller Erfahrung beeinflusse die Marktform die Verhaltensweise der Konkurrenten dergestalt, daß mit abnehmender Anbieterzahl und steigender Marktvollkommenheit, also mit zunehmender Existenzgefährdung der Konkurrenten durch den Wettbewerb die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen wächst. Für den Modellansatz bedeutet dies, daß mit wachsender potentieller Wettbewerbsintensität das Ausmaß an Wettbewerbsbeschränkungen zunimmt, so daß sich nach Überschreiten

---

1) Vgl. E. Kantzenbach, a.a.O., S. 39 ff
2) ibid., S. 41/42
3) ibid., S. 47
4) ibid., S. 48; vgl. dazu auch das Schaubild auf S. 92

eines bestimmten Maximalwertes zunehmende potentielle und aufgrund dadurch ausgelöster Wettbewerbsbeschränkungen die effektive Wettbewersintensität auseinander entwickeln.[1)]

Für unsere Überlegungen sind nun die aus diesem Modell gezogenen und an die wirtschaftspolitischen Instanzen gestellten Forderungen von besonderem Interesse. Zur Erfüllung der dynamischen Wettbewerbsunktionen, deren positive Bewertung schon zu Beginn des Ansatzes allgemein vorausgesetzt wurde[2)], ergibt sich aus dem Modell die Aufgabe, auf polypolistischen Märkten die Anbieterzahl zu senken, um so zu einer steigenden Erfüllung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen zu gelangen. Die Grenze für ein solches Vorgehen soll dort liegen, wo die Marktverengung zu funktionslosen Machtkämpfen führt[3)], ohne daß dieser Punkt selber oder Anzeichen für sein Vorliegen definiert wären. Andererseits ist in Fällen zu großer Marktvollkommenheit durch Erweiterung der Anbieterzahl der Grad an mäßiger Marktvollkommenheit anzustreben, der ebenfalls die dynamischen Wettbewerbsfunktionen optimal erfüllt. Da aber zugleich die Veränderung der Marktform als "eng begrenzt" angesehen wird[4)], wird der Wirtschaftspolitik außerdem empfohlen, über eine Steuerung und Kontrolle der Wettbewerbsbeschränkungen dafür zu sorgen, daß bei unteroptimaler potentieller wie effektiver Wettbewerbsintensität Kooperationen, Marktaustritt, Zusammenschlüsse und Bagatellkartelle gefördert werden. Hingegen sind bei überoptimaler potentieller Wettbewerbsintensität Kartelle und Fusionen zu verbieten, wie auch über eine strenge Mißbrauchsaufsicht bis hin zur Entflechtung der Markt ausgesteuert werden soll.[5)] Das Ziel dieser modellorientierten Politik soll demnach das "weite Oligopol mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz" sein.[6)]

---

1) Vgl. E. Kantzenbach, a.a.O., S. 92, Schaubild
2) ibid., S. 14
3) ibid., S. 136 ff, 144 ff
4) ibid., S. 141, 144 ff
5) ibid., S. 138 ff
6) ibid., S. 137

Für die Beurteilung der Fusionskontrolle aus der Perspektive dieses Konzepts ist ohne weiteres erkennbar, daß sie in einem augenfälligen Sinne konzeptionskonform ist. Vor allem die absoluten Kriterien erleichtern im Sinne dieses Modells die Entstehung oligopolistischer Strukturen auf bisher polypolistischen Märkten. Hingegen erlauben sie es vom Ansatz her, eine weitere Konzentration bereits bestehender enger Oligopole in der Großindustrie zu verhindern.[1] Dabei drängt sich unwillkürlich auch der von Hoppmann besonders verfolgte Verdacht auf[2], daß die jüngste Kartellpolitik sehr wesentlich auf diesem Konzept fußt, wie es u.a. auch die Bagatellklausel gem. § 5b GWB zeigt.[3]

Worin liegen aber nun die Probleme dieses Konzepts? Selbst wenn wir zunächst den Standpunkt einnehmen, daß die Wettbewerbsproblematik mit Hilfe einer Marktform des "weiten Oligopols mit unvollkommener Produkthomogenität und Markttransparenz" zu lösen ist, so wird man diesen Weg doch nur als eine theoretische Partialanalyse ansehen können, die selbst unter Beachtung ihrer umfangreichen ceteris-paribus-Bedingung (z.B. Ausklammerung des Freiheitsproblems) noch problematisch genug bleibt.[4]

---

1) Vgl. dagegen E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 43 f

2) E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 397 ff

3) so kann auch W. Kartte, Kartellreferent im BWM, als Verfechter der Kantzenbachschen Konzeption angesehen werden. Vgl. derselbe, Ein neues Leitbild ..., a.a.O., S. 93 ff, passim; im Kantzenbachschen Sinne z.B. auch H.J. v. Brunn, Gedanken und Vorschläge ..., a.a.O., S. 145 ff; vgl. ferner J. Schlegel, Brauchen wir ein neues Leitbild?, BB 1969, S. 656 ff; B. Griesbach, Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild, München 1970

4) vgl. zur Kritik: E. Hoppmann, Noch einmal zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, Eine Bemerkung über konkurrierende Ansätze der Wettbewerbspolitik, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1974, Bd 188, S. 256 ff; derselbe, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, ibid. 1966, Bd 179, S. 286 ff; dagegen E. Kantzenbach, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von

a) Kurzfristige Probleme des Konzepts

Doch gerade das "weite Oligopol" ist schon im theoretischen Bereich nicht operational definiert, und auch Begriffe wie "unvollkommene Produkthomogenität und Markttransparenz" schaffen keineswegs mehr Klarheit als beispielsweise Begriffe wie "relative Freiheit", von denen Kantzenbach wegen ihrer unzureichenden Operationalität gerade abrücken wollte. Ohnehin bleibt die grundlegende theoretische Annahme dieses Konzepts, wonach das Wettbewerbsverhalten durch die Marktstruktur determiniert sein soll, ein zweifelhafter Ansatz. Daß sich Oligopolisten in einem gewissen Sinne "artspezifisch" verhalten, läßt sich viel zwingender als aus der gegenwärtig existierenden Marktform daraus ableiten, daß sie die nächst engere Marktform des Monopols aus gesetzlichen und Gründen der öffentlichen Meinung nicht einnehmen dürfen. Tolerierte man das Monopol, so wäre wohl in allen jetzt bestehenden engen Oligopolen ein erbarmungsloser Verdrängungswettbewerb die Folge und damit eine Verhaltensweise, die man mit der vorher bestehenden Marktform, die meistens von einer friedlichen Verständigung geprägt ist, nicht mehr erklären kann.

Im Grunde ist demnach das Verhalten der Wirtschaftssubjekte der Faktor, der die Marktstrukturen umwandelt und bestimmt; eine Folgerung, die sich auch aus der historischen Entwicklung der Märkte belegen läßt. Wenn eine bestimmte Marktform, wie beispielsweise das enge Oligopol, eine gewisse Stabilität aufweist, so liegt dies vor allem daran, daß einem Streben nach weiterer Verengung gesetzliche Grenzen gesetzt sind, oder aber daß die eigene Krafteinschätzung noch eine

---

E. Hoppmann, ibid. 1967, Bd 181, S. 193 ff; in Erwiderung darauf E. Kaufer, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Eine Replique, ibid. 1967, Bd 181, S. 242 ff; E. Hoppmann, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung, ibid. 1967, Bd 181, S. 251 ff

vorübergehende Zurückhaltung auferlegt.[1] Für ein solches enges Oligopol wird man deshalb wegen der Unmöglichkeit, das Monopol etablieren zu können, noch am ehesten Rückwirkungen aus der erreichten Marktform auf das Verhalten der Beteiligten ableiten können, weil sie sich notwendigerweise mit dieser Marktstruktur optimal arrangieren müssen.[2] "This is well known (die Möglichkeit des Kampfes oder der Verständigung) to all participants and it makes it necessary to stay armed. This, too, introduces a qualification to joint-maximization because the complete pooling of resources implies farreaching disarmament of the participants in relation to one another."[3]

Wesentlich unbeständiger und unspezifischer sind diese Rückkopplungseffekte der Marktstruktur hingegen in einer sich zum engen Oligopol noch dynamisch entwickelnden Form des weiten Oligopols. Dabei wäre zunächst die angestrebte Weite ebenso zu definieren wie auch das, was als afunktionaler Verdrängungswettbewerb, und damit als Grenze der staatlichen Marktpolitik, betrachtet werden soll. Ein im wesentlichen ungelöstes Problem des Kantzenbachschen Modells ist ferner der Marktzutritt.[4] Ein solches Konzept, das sich der Effizienz verschrieben hat und vorwiegend von der Marktstruktur her arbeitet, ist gezwungen, zunächst eine optimale Struktur zu fixieren. Hierfür können aber nicht nur ökonomische Kriterien herangezogen werden, weil die effizienteste Form des "weiten Oligopols" neben dem Grad der Produktheterogenität und Markttransparenz auch sonstige strukturelle und psychologische Voraussetzungen hat. Je nach Industriezweig, Marktphase, In-

---

1) Insoweit ist auch Kröll nicht zuzustimmen, der behauptet: "keine Art von Gesetzgebung kann die Konzentration selbst verhindern und damit den Weg zum Monopol wirklich verlegen. Sie kann nur gewisse juristische Formen unterdrücken, die aber ohne weiteres umgehbar sind.", M. Kröll, a.a.O., S. 32o

2) vgl. A. Phillips, Market Structure, Organization and Performance, Cambridge/Mass. 1962, S. 4o

3) W. Fellner, Collusion and its Limits under Oligopoly, AER 1956, P.P., Vol. XL, S. 55 ff, 56

4) F.U. Fack, Wachstum und Wettbewerb, Zum "neuen wettbewerbspolitischen Leitbild", junge wirtschaft 1968, S. 136 ff, 136

tentionen und Wettbewerbsbewußtsein des vorhandenen Unternehmertums ist die optimale Effizienz in einer anderen Weite der Marktform zu vermuten. Sollte man dieses Problem überhaupt praktikabel und exakt lösen können, so müßte man zur Effizienzstabilisierung den Markt schließen. Die Wettbewerbsintensität, und damit der aus dem Wettbewerb resultierende Effizienzgrad eines geschlossenen Marktes ist aber infolge des Fehlens potentieller Konkurrenz durch "newcomer" zumindest längerfristig ein anderer als bei demselben Markt mit Zutrittsmöglichkeit.

Sieht man einmal von der ordnungspolitischen Problematik einer solchen Marktschließung ab, wie sie sich z.B. im Hinblick auf § 1 GewO, Art. 12 GG ergibt, so dürfte Kantzenbach also nicht den Effizienzgrad des ursprünglich offenen Marktes zugrunde legen, sondern er müßte zusätzliche Kriterien ermitteln und anwenden, die jene Reibungsverluste an Effizienz ex ante anzeigen, die durch die beabsichtigte Schließung zu erwarten sind. Erst dann wäre ein einigermaßen sachgerechtes Urteil über die tatsächlich zu erwartenden Marktergebnisse denkbar, das zugleich auch Begründung für die Aufgabe bisher freier Prozesse sein könnte.

Außerdem muß berücksichtigt werden, daß ein Markt, dessen Struktur im Interesse der Effizienz häufig manipuliert werden muß, atypische Verhaltensweisen auslöst. Die Unternehmer werden nach einem gewissen Erfahrungsprozeß vermutlich nicht mehr geneigt sein, sich auf überpersonelle Ziele festlegen zu lassen, die unter Umständen ihren eigenen Interessen zuwiderlaufen. Vor allem ist nicht auszuschließen, daß die am Markt befindlichen Unternehmer eine vorübergehende Marktschließung durch Absprachen oder beispielsweise zusätzliche Kapazitäten faktisch derart ausbauen, daß auch eine anschließende Öffnung diese Ergebnisse nicht mehr revidieren kann oder aber auf kumulativ anwachsende staatliche Eingriffe angewiesen ist.

b) Langfristige Probleme des Konzepts

Ein solches Konzept, das nur von der Effizienz her seine Berechtigung und Verpflichtung findet, wird aufgrund dieser aufgezeigten Imponderabilien zu umfangreichen Interventionen neigen, um sich und seine Voraussetzungen als totales Marktkonzept stets zu beweisen und zu erhalten.[1] Wenn man die Aufgabe eines Freiheitskonzepts zugunsten eines Effizienzkonzepts überhaupt rechtfertigen will, so müßte man von letzterem auch stets den Nachweis fordern dürfen, daß freie Marktprozesse und Marktformen nicht dieselben oder gar bessere Ergebnisse erbracht hätten. Damit wäre aber die Leistungsfähigkeit der heutigen und der in absehbarer Zeit zu erwartenden Theorie bei weitem überspannt, wie schon der "Hypothesentest" oder der "market-performance-test" zeigen.[2] Die Ergebnisse unbekannter Prozesse werden nie nachweisbar sein.[3]

Eine effizienzgebundene Betrachtungsweise wird ferner nicht umhin können, langfristig zu prüfen, inwieweit das sich ändernde Verbraucherbewußtsein (z.B. durch Verbraucheraufklärung usw.) die lediglich von der Marktstruktur her determinierte Wettbewerbsintensität beeinflußt. Denn diese wird bei gleicher Zahl der Anbieter unterschiedlich sein, je nachdem, ob dem Angebot eine weitgehend kritische oder gleichgültige Nachfrage gegenüber steht.[4] Das Kantzenbachsche Konzept wird deshalb über Effizienz oder Ineffizienz nur dann ein Urteil fällen können, wenn es sich auf eine leistungsfähige Psychologie der Verhaltensweisen stützen kann, weil es hier in besonderem Maße um das Problem der Prognose zukünfti-

---

1) Vgl. zur langfristigen Problematik totaler Konzepte eingehender: K.R. Popper, a.a.O., Bd I, S. 217 ff; eine ähnliche Problematik zwischen Effizienz- und Freiheitskonzeption kann neuerdings auch für die Tarifautonomie festgestellt werden, vgl. dazu Wirtschaftswoche 1971, Nr. 5o, S. 42 ff

2) vgl. dazu auch M. Tolksdorf, Hoppmanns ..., a.a.O., S. 67 ff

3) E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 413; F.A. v. Hayek, Der Wettbewerb ..., a.a.O., S. 9; E. Heuß, Freiheit und Ungewißheit, ORDO 1965, Bd XV/XVI, S. 43 ff

4) vgl. dazu T. Scitovsky, Ignorance as a Source of Oligopoly Power, AER 1950, P.P., Vol. 4o, S. 48 ff

ger Verhaltensweisen und darauf beruhender Ergebnisse geht. Während im Bereich der reinen Theorie der Standpunkt von Boulding statthaft sein mag, daß es auf logische Überlegungen ankomme, was bei gegebenen Daten sinnvoll sei[1], so gilt für das Kantzenbachsche Konzept die These von Gray, daß eine ökonomische Theorie, die sich nicht auf eine sichere Psychologie stützen könne, wie ein Haus ohne Fundament sei.[2]

Eine ökonomische "Institution Wettbewerb"[3], wie sie hingegen Kantzenbach und Mumme vorschwebt, wenn sie implizit die Trennbarkeit der personal- von der effizienzbezogenen Betrachtung unterstellen und sogar separate gesetzliche Regelungen fordern[4], verlangt letztlich eine Lösung des Wettbewerbs vom Wirtschaftssubjekt. Die Aktion und Aktivität "Wettbewerb" ist aber ohne agierende Wirtschaftssubjekte nicht denkbar, weil sie als artspezifische Verhaltensweise vom Verhaltensträger "Mensch" nicht zu lösen ist[5] und damit auch nicht von seinen Rechten, Bedürfnissen und sonstigen Belangen. Wettbewerb ergibt sich allein aus der Summe der wettbewerblichen Individualprozesse; das Interaktionssystem dieser Prozesse ist aus der "Institution Wettbewerb" nicht eliminierbar.[6] Es ist zwar von der Absicht und dem Suchen nach

---

1) K.E. Boulding, The Skills of the Economist, Cleveland 1958, S. 29; derselbe, Welfare Economics, in: A Survey of Contemporary Economics, Vol. 2, Homewood/Ill. 1952, S. 1 ff, 3

2) A. Gray, Economics: Yesterday and To-morrow, The Economic Journal 1949, Vol. LIX, S. 51o ff, 515

3) so auch H. Würdinger, Exportkartell ..., a.a.O., S. 313 ff

4) E. Kantzenbach, C.-H. Mumme, Auf dem ..., a.a.O., S. 264

5) vgl. E. Hoppmann, Zum Schutzobjekt ..., a.a.O., S. 65 ff; F. Cromme, Die quantitative Erfassung von Monopolmißbrauch und Monopolstellung in § 22 GWB, Diss. Münster 1966, S. 8

6) vgl. W. Fikentscher, Wettbewerb und ..., a.a.O., S. 231; F. Koenigs, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1o41 ff; E.-J. Mestmäcker, Über die normative ..., a.a.O., S. 442; B. Griesbach, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1962, S. 1o11 ff, 1o13; K.-H. v. Köhler, Gehört das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht?, Der Betrieb 1969, S. 1829 ff, 183o

operationaleren Vorstellungen und Kriterien verständlich, die Betrachtungsweise möglichst einzuschränken, doch dieses Vorgehen ist allenfalls im Bereich der Theorie in Form einer Partialanalyse sinnvoll. Dieses Vorgehen auf komplexe Sachverhalte des Lebens übertragen zu wollen, muß hier ebenso zur modellbezogenen Vergewaltigung der Wirklichkeit führen[1], wie es bereits für das Modell der "vollkommenen Konkurrenz" festzustellen war.

4. Zur generellen Problematik ökonomischer Konzepte - zusammenfassende Auswertung

Das Hoppmannsche und Kantzenbachsche Konzept werden durch vermittelnde Standpunkte einander näher gebracht[2], indem darauf hingewiesen wird, daß der Gesetzgeber beide Gesichtspunkte in das GWB habe einfließen lassen.[3] Doch auch eine solche Argumentation scheint für eine saubere Problemlösung wenig erfolgversprechend zu sein. Vielmehr sollte die eingehendere Beschäftigung mit den Modellen und ihren jeweils inneren Schwierigkeiten zumindest ein Grundproblem zutage fördern, das diesen Modellen zueigen ist, nämlich die Dominierung des Wertes Freiheit durch die "Idee der Effizienz".[4]

Das Anstreben dieser Dominanz oder das vielleicht ungewollte Abgleiten in diese Dominanz scheint dabei mit der Denkkategorie der Ökonomie eng verbunden zu sein. Wie wir schon bei der Diskussion der vollkommenen Konkurrenz, aber auch bei

---

1) L. Machmann, Marktwirtschaft und ..., a.a.O., S. 261 ff
2) vgl. E. Günther, Zum Wettbewerbsbegriff in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, S. 269 ff, 276; K. Brandt, Wesen und Grenzen einer staatlichen Wettbewerbspolitik, MA 1960, S. 233 ff, 235; G. Brugger, Zur Auslegung ..., a.a.O., S. 468; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Komm., 9.A., München-Berlin 1964, Bd I, Allg. I, Rdnr. 77; vgl. ferner C. Kaysen, D.F. Turner, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge/Mass. 1959, S. 11 ff
3) vgl. Begründung zum Entwurf 1955, a.a.O., S. 21 ff
4) vgl. dagegen auch K.-H. v. Köhler, Gehört das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht?, Der Betrieb 1963, S. 1829 ff

den anderen Ansätzen sehen konnten, ist der Wert der Freiheit kein operationaler ökonomischer Begriff. Selbst wenn man ihn wie Hoppmann bejaht und verfolgt, entgleitet er und wird in einem schließlich effizienzbezogenen Sinne relativiert. Diese Effizienz hingegen ist ein durchgehender Wert der ökonomischen Denkkategorie, und in diesem Sinne ist Kantzenbach zumindest sehr offen, wenn er die Dominanz dieses Wertes zugibt. Andererseits sollte aber erwartet werden können, daß den Juristen die Bewahrung des Wertes Freiheit als eines rechtsimmanenten und eines hohen Wertes unserer grundgesetzlichen Ordnung eher beschieden gewesen wäre. Doch dies ist nur teilweise der Fall.[1] Vielmehr erwuchs aus der vorgefaßten Meinung, daß Wettbewerb etwas Ökonomisches sei und demnach nur ökonomisch gedacht werden könne, die Bestrebung, auch die Hintergründe dieses Phänomens der ökonomischen Wissenschaft zu entnehmen. Damit war aber gerade für den Juristen die besondere Gefahr geschaffen, der Faszination zu erliegen, die von dem anscheinend so rechenhaften "Wert" der Effizienz ausgeht.[2] Diese Problematik hatte wohl schon Böhm erkannt, wenn er anmerkte, daß für den Juristen die zentrale Planwirtschaft wohl leichter verständlich sei als die Marktwirtschaft, da erstere durch den Befehl gesteuert würde.[3]

Die Folge eines solchen Abgleitens in die ökonomische Denkkategorie war dann häufig die Übernahme nur partiell erfaßter ökonomischer Gesichtspunkte und Größen in die Denkkategorie des Rechts.[4] Dies soll an einem von mehreren typi-

---

1) Vgl. neben der schon zitierten Literatur in ebenfalls kritischer Stellungnahme besonders R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O.; derselbe, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 596 ff; K.-H. v. Köhler, Gehört ..., a.a.O., S. 1830, der sich ebenfalls von der Vorstellung des "homo oeconomicus" löst; J. Plasmann, a.a.O.

2) vgl. W. Benisch, Kartellrecht ..., a.a.O.; H. Würdinger, Freiheit ..., a.a.O.; R. Knöpfle, Zum Wettbewerb ..., a.a.O.; O. Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968, S. 28

3) F. Böhm, Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg ..., in: Reden und Schriften, a.a.O., S. 158 ff, 171 f

4) vgl. dagegen R. Lukes, Zum ..., a.a.O., S. 212 ff; E. Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3.A., Neuwied-Berlin 1958, S. 49 ff; K.-H. v. Köhler, Gehört ..., a.a.O., S. 1830

schen Beispielen Sandrocks aufgezeigt sein: "Wenn etwa die Kartellbehörde den Unternehmen eines oligopolistisch-strukturierten Marktes, die sehr homogene Waren produzieren, gem. § 22 Abs. 5 GWB untersagen würde, ihre Waren auf der Grundlage eines einheitlichen Frachtbasissystems anzubieten, so hätte der Kartellsenat, der zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Verfügung berufen wäre, gewissenhaft zu prüfen, ob die von der Kartellbehörde erlassene Verfügung der Förderung des Wettbewerbs dient oder ob sie das Gegenteil bewirkt, indem der Wettbewerb, der vielleicht gerade über das einheitliche Frachtbasissystem ausgetragen wird, durch die Verfügung vereitelt wird. Hier kann der Rechtswissenschaft nur die Aufgabe zufallen, das Ziel aufzuweisen, das es zu erreichen gilt. Im konkreten Fall wäre dies die Stärkung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs. Allein die wirtschaftspolitische Kunstlehre könnte aber die wirtschaftswissenschaftlich äußerst komplizierte Frage beantworten, ob die Verfügung, die von der Kartellbehörde getroffen wurde, geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen, ob also der verwaltungsrechtliche Grundsatz von der Eignung und Verhältnismäßigkeit des eingesetzten Mittels zu dem angestrebten Zweck gewahrt ist."[1)]

Zunächst ist festzustellen, daß der seinerzeit gültige § 22 GWB lediglich das Kartellamt befugte, die mißbräuchliche Ausnutzung einer zuvor als tatbestandsmäßig festgestellten Marktmacht zu untersagen. Die Stärkung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs ist damit nicht identisch. Welchen Wettbewerb sollte die Behörde oder der Kartellsenat auch als Ziel annehmen, einen "cut throat competition" des engen Oligopols oder die atomistische Konkurrenz? Bewußt hat sich das GWB einer solchen Zielvorgabe enthalten, die für die vom Senat zu treffende Entscheidung im Sinne Sandrocks unabdingbar wäre. Schon gar nicht gehört dann aber in diesen Zusammenhang ein Abwägen der Wettbewerbsvor- und -nachteile. Gerade diese Aspekte sind der Wirtschaftswissenschaft, und zwar der Wettbewerbspolitik, als Effizienzziele entlehnt - und das sei besonders betont -

---

1) O. Sandrock, Grundbegriffe ..., a.a.O., S. 66/67

ohne daß die "wirtschaftswissenschaftliche Kunstlehre" auch nur annähernd selbst in der Lage wäre, diese "äußerst komplizierte" Frage lösen zu können. Noch weniger ist dann aber der Jurist als Einzelperson oder Spruchkörper zur Problemlösung berufen, die sich auf die Anwendung ungesicherter und nur partieller Erkenntnisse der Volkswirtschaftslehre zu stützen hätte. Denn das Frachtbasissystem beinhaltet nicht nur die Abgrenzung regionaler Absatzmärkte zur Verminderung des Wettbewerbs in den umkämpften Absatzgebieten, sondern es führt über die Berechnung von Scheinfrachten zu räumlichen Mißallokationen, die in das Gebiet der Strukturpolitik gehören. Im übrigen schützt dieses System, von anderen Problemen abgesehen, zumeist unrentable Unternehmen, die eigentlich ausscheiden sollten. Die Beurteilung dieser Rentabilität in Bezug auf Kosten und Preise kann jedoch in einer Marktwirtschaft prinzipiell nur dem Verbraucher zufallen, nicht aber Juristen oder Ökonomen. Wer mit diesem Effizienzanspruch im Rahmen des GWB antritt, der muß generell - nicht nur in diesem Fall - in der Lage sein, unbekannte dynamische Prozesse der Zukunft ex ante zu bewerten, um im Wege einer cost-benefit-analyse die richtige Entscheidung zu fällen. Außerdem müßte er im vorliegenden Fall in der Lage sein, mögliche wettbewerbliche und nachweisbare Vorteile eines Frachtbasissystems gegen ebenfalls vorher errechnete Strukturnachteile für die Zukunft zu saldieren. Es gibt keine Theorie, die dies vermag. Der Zauber der rechenhaften Ökonomie versagt gegenüber so komplexen und dynamischen Prozessen, wie sie mit dem Begriff Wettbewerb allgemein umschrieben werden.

Es bleibt deshalb nach wie vor festzustellen, daß die Erzielung von Effizienzgraden die Regelung der Freiheit bedingt: entweder allgemein, wie bei der vollkommenen Konkurrenz oder hinsichtlich der Spielregeln, wie bei Hoppmann, bis hin zum einzelnen und speziellen Marktentscheid bei Kantzenbach. Obwohl beiden Disziplinen gleichermaßen verbunden, wollen wir diesem Reiz nicht erliegen, sondern uns vielmehr die Frage vorlegen, ob die Effizienz überhaupt ein Wert sein kann, der die Freiheit zu dominieren rechtlich imstande ist. Zuvor

sei ausdrücklich klargestellt, daß es nur um dieses Problem geht. Niemand wird etwas gegen Effizienzen haben, soweit sie üblicherweise aus freien Wettbewerbsprozessen erwachsen. Ebenso wenig ist dagegen einzuwenden, daß der verfolgte Freiheitsschutz zugleich auch den Reflex Effizienz stärkt und schützt. Hier geht es einzig und allein um die Frage, ob die Effizienz die Rolle des durchaus erwünschten Reflexes mit der eines Zieles vertauschen kann, wobei gleichzeitig das Ziel der Freiheit zugunsten der Effizienz in die dienende Rolle einer Steuerungsvariablen herabgestuft werden müßte.

II. Persönliche Freiheit und ökonomische Effizienz aus der Perspektive des Grundgesetzes

Die folgenden Überlegungen basieren auf dem Grundgedanken, daß alle Ordnungen miteinander kompatibel sein müssen, soweit sie den Menschen unmittelbar in seiner Existenz betreffen. Zu solchen Ordnungen gehören die Rechts-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, die dem Menschen nicht vorgegeben sind, sondern sich als Ausflüsse seines komplexen Seins darstellen. Da sie alle auf den Menschen als Seienden bezogen sind, müssen sie in einem hohen Maße interdependent sein. Ihre Wirkungen konzentrieren sich auf die Existenz des Menschen und erfordern ein Mindestmaß an Vereinbarkeit und Harmonie. Bestehende Unvereinbarkeiten erzeugen notwendigerweise über den insoweit betroffenen Menschen Rückkopplungen.[1)]

Auch der Wettbewerb ist als sozialtypische Verhaltensweise nur eine Auswirkung dieses komplexen Seins, weitgehend auf Konkurrenz- und Rivalitätsempfindungen beruhend, instikthaft im Kind angelegt und im Alter schließlich umfassend ausgeprägt als das Bedürfnis, anderen irgendwie und irgendwo den Rang abzulaufen, sobald daraus eine Rückwirkung auf soziale Einstufung oder sonstige persönliche Selbstbefriedigung er-

---

1) Ähnlich E. Hoppmann, Zum Schutzobjekt ..., a.a.O., S. 1o2 ff; K.-H. v. Köhler, Gehört ..., a.a.O., S. 13o f

wartet werden kann. Im Bereich des Wirtschaftens zeigt sich also nur eine Ausprägung dieser typischen Verhaltensweise, die aber unverkennbar interdependent ist mit den Erfahrungen, Einstellungen und Problemen des sonstigen komplexen Seins, das grundsätzlich auf freiheitliche Persönlichkeitsentfaltung ausgelegt und insoweit gesetzlich geschützt ist.

Wir gehen deshalb ferner davon aus, daß es längerfristig nicht möglich ist, z.B. die Rechts- und Gesellschaftsordnung nach einem Gesichtspunkt A und die Wirtschaftsordnung mit einem damit nicht widerspruchsfrei vereinbarten Merkmal B zu gestalten. Dies bedeutet rechtstechnisch, daß die grundsätzlichste Ordnung die aus ihr abgeleiteten Ordnungen gerade im Hinblick auf die in ihr aufgestellten Wertprämissen beherrscht.[1] Auch für diesen Erörterungsansatz haben wir uns demnach auf das Grundgesetz zurückzuziehen.

Ohne die schon ausführten Einzelheiten zu wiederholen, sei festgestellt, daß das Grundgesetz eine freiheitliche Gesellschaftsordnung wollte, und daß im Sinne der Einheit und Interdependenz der Ordnungen andere Bereiche nicht in einem unfreien Sinne geregelt werden können.[2] Zumindest alle Bereiche, die durch staatlichen Hoheitsakt geformt werden, müssen im schon nachgewiesenen Sinne grundgesetzkonform geregelt sein.

Nun hat das Grundgesetz, das, wie sich noch zeigen wird, den Wert Effizienz nicht kennt, im gesellschaftspolitischen Bereich schon dadurch einen vehementen Entscheid für die Freiheit des einzelnen und gegen die Effizienz getroffen, indem es die unstreitig effizienteste Regierungsform der Diktatur

---

1) So auch K.-H. v. Köhler, a.a.O., S. 1831 "Deshalb muß hier betont werden, daß die wirtschaftliche Ordnung immer nur ein Teil der vom GG geformten staatlichen Ordnung sein kann."; F. Böhm, Wirtschaftsordnung ..., a.a.O., S. 69/7o; E. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd 2, Wettbewerbsrecht, 4.A., Köln-Berlin-Bonn-München 1972, S. 3/4

2) vgl. auch Schmitz-Jersch, Verfassungsrecht, Münster 1973, S. 15; E. Reimer, a.a.O., S. 4

zugunsten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates untersagte.[1] Es ist im Grundgesetz kein Anhaltspunkt zu finden, daß dieses Prinzip dezentralisierter Entscheidungsprozesse in anderen Bereichen wie beispielsweise der Wirtschaftsordnung nicht gelten soll. Im Gegenteil spricht die Kompetenzvorschrift des Art. 74 Nr. 16 GG dafür, daß insbesondere auch der Wirtschaftsbereich für dezentralisierte Prozesse freizuhalten ist. Ebenso wie dieser Gesichtspunkt gründet auch die heutige Mitbestimmungsfrage ihre Berechtigung im Arbeits- und Wirtschaftsbereich vor allem auf das staatsrechtliche Demokratieverständnis als die Grundlage freiheitlicher Selbstverwirklichung der Bürger.[2] Auch in diesem Zusammenhang wird dem häufig entgegengehaltenen Gesichtspunkt der zu erwartenden ineffizienten Steuerungsstrukturen der Betriebe kaum Rechnung getragen. Zumindest wird dieses Problem als verhältnismäßig unwichtig erachtet.

Ebenso hat die verfassungsrechtliche Judikatur des Bundesverfassungsgerichts der Effizienz zugunsten der Freiheit eine Absage erteilt.[3] Es mag ökonomisch ineffizient sein, wenn mehrere Apotheken nebeneinander liegen, doch Effizienz darf die Freiheit der Berufswahl im Wege objektiver Zulassungsbeschränkungen nicht beherrschen, weil diese Effizienz bei all ihrer inneren Undeterminiertheit und ihrer lediglich hypothetischen Nachweisbarkeit sicher kein "überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" ist. Spätestens an diesen Grundsätzen müßte in der Praxis auch das Kantzenbachsche Modell scheitern, weil eine von der Modelleffizienz her notwendige Marktschließung rechtlich nicht zulässig wäre. Fehlt aber diesem

---

1) Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5.A., Karlsruhe 1972, S. 145 ff; R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 6oo

2) "Der Arbeitnehmer muß ... auch im Arbeitsleben sein Schicksal mitbestimmen und mitverantworten können. Es geht dabei um den Wert des Menschen und nicht um seine bloße Verwertbarkeit." Mitbestimmung, eine Forderung ..., a.a.O., S. 7

3) BVerfGE 7/377 ff; 9/338 ff, 344 f; 11/3o ff, 42 f; 13/97 ff, 1o4

Modell nur eine Determinante, so ist es wie die vollkommene Konkurrenz bereits im theoretischen Bereich hinsichtlich der Effizienz indeterminiert und deshalb erst recht in der praktischen Wirtschaftspolitik ohne Existenzberechtigung.

Noch ein weiterer Grundsatz deklassiert eindeutig Effizienzüberlegungen. Es ist das Sozialstaatsprinzip der Art. 2o Abs. I, 28 Abs. I GG, das gem. Art. 79 GG als eines der elementaren Konstitutionsprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung am Unabänderlichkeitsschutz teilnimmt.[1] Aus diesem Prinzip folgen das Recht und auch die Pflicht des Staates zu sozialgestaltender Tätigkeit in all den Bereichen, in denen das freie Spiel pluralistischer Kräfte soziale Gerechtigkeit, soziale Strukturen und sozialadäquate Problemlösungen nicht zu gewährleisten vermag.[2] "Staatliche Sozialpolitik im recht verstandenen Sinne betrifft damit die Wirtschaftspolitik ebenso wie die Rechts- und Kulturpolitik."[3] Zwar erfordert dies begriffsnotwendig auch die Einschränkung von Freiheitsräumen, insbesondere der Art. 14 Abs. I und 12 Abs. 1 GG, soweit dies zur Verwirklichung gerechter gesellschaftlicher Zustände beiträgt, doch diese Eingriffe müssen immer unmittelbar das Sozialstaatspostulat realisieren und dienen gerade nicht der Effizienz, sondern versuchen, die negativen Folgen in sich prinzipiell effizienter wettbewerblicher Prozesse zu minimieren. Ebensowenig wie eine Enteignung oder Berufswahlbeschränkung zugunsten völlig ungewisser Planungen des Staates zulässig wären[4], ebensowenig sind Einschränkungen im Individualbereich zugunsten völlig ungewisser Effizienzerwartungen möglich. Dies gilt auch dann, wenn die

---

1) Vgl. grundsätzlich E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968; G. Leibholz, Mehr Freiheit durch den Sozialstaat, Die Zeit 1971, Nr. 21

2) vgl. BVerfGE 6/32 ff, 4o; 7/377, 4oo

3) vgl. H. Jäckel, Art. "Sozialstaat", in: Wörterbuch zur politischen Ökonomie, Hrsg. G.v.Eynern u.a., Opladen 1973, S. 352 ff

4) vgl. Hamann-Lenz, Das Grundgesetz, 3.A., Neuwied-Berlin 197o, Art. 14 Anm. 9; Schmitz-Jersch, a.a.O., S. 42; BVerfG, NJW 1969, S. 3o9 ff m.w.N.

vermeintlichen Effizienzgewinne sozialstaatliche Finanzierungsprobleme lösen sollten.[1] Denn hier stünde stets die konkrete Freiheitsbeschränkung einer ungewissen und nur angeblichen Gemeinwohlverbesserung gegenüber, ohne daß je der Nachweis erbracht werden könnte, daß die ohne Eingriff gebliebenen Prozesse nicht noch bessere Ergebnisse erbracht hätten.

Gerade die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 GG, der als lex generalis gegenüber beispielsweise Art. 12 und 14 GG noch am ehesten eingeschränkt werden kann, zeigt das Minimum an Anforderungen auf, die zur Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit erfüllt sein müssen: "Gesetze sind nicht schon dann 'verfassungsmäßig', wenn sie formal ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell im Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlich demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des GG entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde (Art. 19 II, Art. 1 III, Art. 2 I GG)."[2] Bestehende Gesetze sind also nur dann wirksam, wenn sie im aufgezeigten Sinne verfassungskonform auszulegen sind. Da die Effizienz keinen Verfassungsrang hat, vermag sie auch nicht den grundlegenden Verfassungswert der Freiheit total oder auch nur maßstäblich zu bestimmen[3] - das GWB ist einer entsprechenden Auslegung demnach nicht zugänglich.

---

1) So auch H. Jäckel, a.a.O., S. 355 f, der an "gesamtwirtschaftlichen Planungen orientierte Beschränkungen" ablehnt.
2) BVerfGE 6/32 ff, 4o
3) vgl. auch K. Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen ..., a.a.O., S. 28

III. Folgerungen für die Interpretation des GWB

Bei der Annahme oder Verwerfung sogenannter Leitbilder innerhalb des GWB muß zunächst auf das schon eingangs aufgezeigte Problem der "Einheit der Rechtsordnung" geachtet werden.[1] Zwar wird innerhalb einer stark differenzierten Rechtsordnung immer die Feststellung möglich sein, daß vorhandene Gesetze miteinander nicht kompatibel sind, doch damit ist zumindest im theoretischen Bereich nicht der Nachweis erbracht, daß der Grundsatz der "Einheit der Rechtsordnung" aufgegeben worden ist.[2] Formell spricht zunächst die Tatsache dagegen, daß sämtliche Gerichte trotz der Aufgliederung in verschiedene Zweige der Rechtsprechung jeweils alle entscheidungsrelevanten Gesetze anzuwenden haben.[3] Materiell setzt die "Einheit der Rechtsordnung" in dem schon nachgewiesenen Sinne grundlegend voraus, daß die Abhängigkeit von einer übergeordneten Norm zu einem Wesensmerkmal des Rechts geworden ist[4] und diese ihrem Wesen nach als vorgegeben gilt[5], so daß das Recht und die Rechtsordnung nicht in funktionaler Abhängigkeit zu sich stets ändernden Begriffen und Lehrmeinungen anderer Wissenschaften stehen können. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß sich das Recht veränderten Tatsachen anpaßt, und daß sich Gesetzesbestimmungen in einem Bedeutungswandel befinden können.[6]

---

1) Vgl. dazu und zum folgenden K.-H. v. Köhler, Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, NJW 1971, S. 118 ff
2) vgl. die Tendenz der Betonung der Einheit bei BFH, BStBl III 1963, S. 37o; BStBl III 1964, S. 511; ferner K. Barske, Das wirtschaftliche Eigentum, NWB, Fach 2, S. 1423 ff, I; v. Wallis, Steuerrecht und Privatrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NWB, Fach 2, S. 1773 ff, 1778 V
3) vgl. überdies Art. 95 GG
4) grundsätzlich W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, passim; R. Marcic, Die bedingte Natur des positiven Rechts, JZ 196o, S. 198 ff, 2oo ff
5) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, a.a.O., S. 129/13o
6) vgl. BVerfGE 2/38o bzw. NJW 1953, S. 1137 ff, 1138

Denn die Anpassung an Tatsachen ist etwas spezifisch anderes als die Anpassung an mehr oder weniger begründete Thesen und Meinungen. Die Vorstellung von einem effizienzgebundenen Wettbewerb ist jedoch nichts anderes als eine solche ungesicherte Hypothese, die am Ordnungsanspruch des GWB gemessen, den dieses wiederum aus dem Grundgesetz ableitet, ebenso partiell ist wie das überwiegende ökonomische Denken in Modellen.[1] Gerade die ökonomische, unter häufig nicht genügend offengelegten Prämissen gebildete Vorstellung von einem bestimmten effizienzgebundenen Wettbewerb ist weder eine verifizierbare absolute Wahrheit noch ein gesicherter Rechtsbegriff. Darüber hinaus hat sie den Nachteil, nicht falsifizierbar zu sein.[2] Denn ein unter bestimmten Bedingungen abgelaufener Lebenssachverhalt im Sinne eines Marktprozesses ist nicht unter Auswechslung bestimmter Prämissen wiederholbar, um beispielsweise festzustellen, ob ein modellmäßig angenommenes und realisiertes "weites Oligopol" tatsächlich ein Maximum an Effizienz gebracht hat, oder ob nicht möglicherweise eine polypolistische Marktform unter sonst gleichen Bedingungen bessere Ergebnisse gezeitigt hätte. Selbst aus sich heraus ist das Modell nicht falsifizierbar, solange es keine exakten Zielvorgaben kennt, an deren Erfüllung es zumindest ceteris paribus getestet werden könnte.

Hier offenbart sich gleichzeitig der häufig verkannte Unterschied zwischen Freiheit und Effizienz, wenn die Effizienzvertreter darauf hinweisen, daß auch die Freiheit exakten Überlegungen nicht zugänglich sei. Unstreitig wird die Freiheit in negativer Abgrenzung, erst recht aber in positiver Definition immer wieder ein praktisches bzw. philosophisches Problem bleiben, weil sich die jeweils geltenden Anschauungen zumindest im Bereich von Nuancen verschieben und

---

1) Vgl. E. Langen, a.a.O., S. 5o f
2) vgl. zu diesem Problem die allgemeine, aber zutreffende Aussage von J. Robinson: "Am einen Bein ungeprüfte Hypothesen, am anderen unprüfbare Slogans - so humpelt die Nationalökonomie daher." Doktrinen ..., a.a.O., S. 35

verändern werden. Für unsere bestehende Verfassung soll damit aber zugleich anerkannt sein, daß die Freiheit mit einem ziemlich umfassenden Kernbereich ein feststehender Wert dieser und wohl auch der meisten demokratisch gelebten Ordnungen ist. Dieses aus den empirischen Erkenntnissen herangewachsene Anerkanntsein der Freiheit enthebt sie aber der Notwendigkeit, ihre Daseinsberechtigung und Wertigkeit nachzuweisen. Dies gilt nicht gleichermaßen für die Effizienz, die als Wert keineswegs allgemeine Anerkennung genießt und deshalb zumindest dann ihre Wertigkeit nachweisen muß, wenn sie einen bereits anerkannten Wert dominieren will.

Wenn sich die Nationalökonomie auch entgegen diesen Prinzipien mit Partialbetrachtungen bezüglich der Effizienz sinnvoll beschäftigen kann, so kann es die Rechtsordnung grundsätzlich nicht. Die Wettbewerbsordnung ist ein mit der Gesamtheit der Rechtsordnung derartig interdependenter Teil, daß es auch bei der Anwendung und Durchsetzung dieser Teilordnung nicht möglich ist, nur teilspezifischen Aspekten zu folgen. Die Rechtsprechung kann sich entgegen der Partialanalyse einer Theorie eben nicht der Aufgabe und Verantwortung entziehen, inrer Entscheidung einen komplexen Lebenssachverhalt zugrunde zu legen und anhand aller darauf Einfluß nehmender Faktoren und Vorschriften zu be- bzw. verurteilen.

Zu Recht weist v. Köhler besonders darauf hin, daß dem Recht nicht nur eine Priorität vor den Hypothesen der Nationalökonomie zukommt und deren Anwendung als Prämissen eines Gesetzes deshalb verbietet[1], sondern daß es im Rahmen einer Rechtsordnung nur "den Gesetzgeber gibt, nicht aber Wertunterschiede zwischen den Gesetzgebern der einzelnen Gesetze."[2] Auch daraus folgt, daß sämtliche ökonomischen Ergebnisse und

---

1) Vgl. dazu auch R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 213 ff

2) K.-H. v. Köhler, Wie weit ..., a.a.O., S. 119, "den" im Original kursiv gedruckt; vgl. auch R. Stammler, Wirtschaft und Recht, 3.A., Berlin-Leipzig 1914, S. 155; K. v. Rotteck, Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre, 2.A., o.O. 1840, S. 17; L. v. Stein, a.a.O., S. 227 ff

Vorstellungen widerspruchsfrei in die Rechtsordnung integrierbar sein müssen, so daß artspezifische Wissenschaftsbegriffe nicht unmittelbar wie Rechtsbegriffe, und daß die Zielvorstellungen ökonomischer Lehrinhalte nicht automatisch als Zielvorstellungen des Rechts behandelt werden können.[1] Praktisch resultiert daraus, daß das Grundgesetz als wesentliche Klammer der Rechtsordnung nicht durch wechselnde Wettbewerbstheorien geändert werden kann, sondern daß diese sich dem Anspruchsniveau des Grundgesetzes stellen müssen, wenn sie Geltung erlangen wollen.[2]

Um das GWB nicht zum Tummelplatz wechselnder Ideologien und Modellvorstellungen werden zu lassen, sollte man sich vor allem der starken gesellschaftspolitischen Verbindung zwischen dem Grundgesetz und dem GWB bewußt sein.[3] Denn nachdem aus einer diktatorischen totalen Abhängigkeitslage die Bevölkerung sich mit dem Grundgesetz eine freiheitliche Grundordnung gegeben hatte, war es nur eine logische Konsequenz, solche freiheitlich demokratischen Ordnungsformen auch für den Bereich der Wirtschaft zu fixieren. Eine Marktordnung, die in die Rechtsordnung zu integrieren war und gegenüber deren Grundvorstellung konform sein mußte, konnte bei einem freiheitlich demokratisch konzipierten Grundgesetz nur eine freiheitlich demokratische Wettbewerbsordnung sein.[4] Demnach ist die darauf gegründete Marktwirtschaft nicht in erster Linie als unübertrefflich effizienter Apparat zur Erzeugung von Wohlstand und Wachstum anzusehen, sondern als "die beste al-

---

1) So auch R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 214 ff m.w.N.; K.-H. v. Köhler, Wie weit ..., a.a.O., S. 11; a. A. W.G. Schmitz, Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2089 ff

2) vgl. auch H. Tetzner, Kartellrecht, a.a.O., S. 4

3) vgl. K. Duden, Entflechtung und Grundgesetz, Böhm I, S. 3 ff, 20

4) so auch A. Woll, Die Wettbewerbsordnung ist das demokratischste Lenkungsinstrument, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 3, S. 37 ff; B. Gahlen, Hat die soziale Marktwirtschaft versagt?, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 4, S. 32 ff; B. Molitor, Marktwirtschaft - nur eine Organisationstechnik?, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 5, S. 36 ff; M. Schäfer, Soziale Marktwirtschaft - Höchstmaß persönlicher Freiheit, Handelsblatt, Sonderausgabe anläßlich des 75. Geb. v. L. Erhard, Nr. 24 v. 3.2.1972, S. VI f

ler denkbaren Garantien für Freiheit und Menschenwürde."[1] Sie muß deshalb auch als Ordnung begriffen und verteidigt werden, die bestrebt ist, den einzelnen vor den Übergriffen der Macht anderer zu schützen, die die Selbstverantwortung höher einstuft als den sozialen Zwang, und die den Gerechtigkeitsbegriff nicht mit einer Leistung für das Wohl des Ganzen identifiziert.[2]

Effizienzorientierte Leitbilder, die offen oder verdeckt die Freiheitsbeschränkung zu Zwecken der Effizienzregelung implizieren, können demnach nicht als Konzeptionen des GWB Anerkennung erlangen.[3] Mit dieser Feststellung befinden wir uns auch im Einklang mit der Einstellung der meisten hier zu Worte gekommenen Gruppen, die ebenfalls eine Dominanz der Effizienz über die Freiheit in völlig grundgesetzkonformer Gewichtung der Werte ablehnen.[4] Schließlich kann auch nicht eingewandt werden, daß die Freiheit ein außerökonomisches Ziel sei. Es gibt keinen ökonomischen Bereich, der von der Abwesenheit des Menschen ausginge.[5] Gerade das ökonomische Prinzip baut auf dem Menschen und seinen - allerdings nur eingeschränkt betrachteten - Aktivitäten auf. Mag es für die Wissenschaft Ökonomie auch eine Aufspaltung der Aktivitäten des Menschen geben, so kann diese Trennung in der ökonomischen Realität, die das Recht zu regeln hat, keine Gültigkeit erhalten.

---

1) H.O. Wesemann, "Röpkegedenker", marktwirtschaft 197o, Heft 3, S. 23; vgl. auch "Gebhard Müller in Sorge um die Demokratie", Die Welt v. 3.12.1971, S. 6; K. Duden, a.a.O., S. 18

2) E. Görgens, Offene Fragen der Kartellgesetznovelle, marktwirtschaft 197o, Heft 8, S. 9 ff; erneut F. Böhm, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, ORDO 1971, Bd XXII, S. 11 ff, bes. 2o ff; H.O. Lenel, Haben wir ..., a.a.O., S. 2; ff

3) so wohl auch E. Hoppmann, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 414 ff, der von einer "Tendenz zur Transformation der Wirtschaftsordnung" spricht; J. Plaßmann, a.a.O., S. 782, 787; H.O. Lenel, Haben wir ..., a.a.O., S. 35 ff

4) vgl. S. 97 f, 1o1 f, 1o4 f, 1o9 f, 113 f, 117 f

5) um so verwunderlicher ist es, daß solche Ansätze trotz ihrer erkannten Problematik immer wieder formuliert werden. Vgl. z.B. M. Tolksdorf, Einführung in die Theorie der Wirtschaftssysteme, Das Wirtschaftsstudium 1974, S. 471 ff, 471

IV. Kann "der Wettbewerb" unmittelbares Ziel des GWB sein?

Aus dem vorangegangenen ergibt sich für das GWB als dem "Grundgesetz der Marktwirtschaft" nicht nur, daß der Freiheitsgedanke der freiheitlich demokratischen Staatsordnung im Wirtschaftsbereich fortzusetzen ist[1], sondern zugleich und darüber hinaus, daß auch die Maßstäbe für den Schutz dieser Freiheit aus dem Grundgesetz selbst herzuleiten sind. Diese Schlußfolgerung wäre allenfalls dann nicht zwingend, wenn der Wettbewerb ein selbständiges, unmittelbares und grundgesetzkonformes Ziel wäre, aus dem selbst die "Spielregeln" abgeleitet werden könnten. Um aber ein solches Ziel zu sein, müßte das Phänomen Wettbewerb zunächst operational definierbar und schließlich final durchsetzbar sein. Der Nachweis dieser beiden notwendigen Voraussetzungen verlangt jedoch eine gewisse Konkretisierung des Wettbewerbsphänomens.

1. Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbsdefinition

a) Ursachen des Wettbewerbs[2]

Die Ursachen für Wettbewerb können sowohl objektiver als auch subjektiver Natur sein. Zunächst wird die Unersättlichkeit menschlicher Bedürfnisse und Wünsche sowie der Trieb, andere zu übertreffen, als allgemeine subjektive Grundlage für Wettbewerbsprozesse Anerkennung finden. Doch damit solche Prozesse überhaupt für den einzelnen sinnvoll sind, ist auch eine objektive Voraussetzung erforderlich, die in der Knappheit der erstrebten Zielobjekte zu sehen ist. Wie wir uns in einer Welt totalen Überflusses die Aktualisierung eines Wettbewerbsprozesses nicht vorstellen können, weil die Erlangung zusätzlicher Zielobjekte durch den einen nie zu einer Schlechterstellung der anderen führen kann, so bewirkt die Knappheit andere Reaktionen. Hier erlangt der eine seinen Vorteil ex

---

1) Vgl. E. Reimer, a.a.O., S. 4 Nr. 2, S. 10, Nr. 3
2) vgl. dazu L. v. Wiese, Art. Wettbewerb (I), Soziologische Einordnung, HdSW, Bd 12, a.a.O., S. 25 ff, 26

definitione zu Lasten des anderen. Soweit dieser nun nicht mehr so viel besitzen kann, wie er ursprünglich wollte, versucht er nicht nur, die Situation seiner "Unterversorgung" zu verbessern, sondern er fühlt sich zumeist auch im sozialen Gefüge unterlegen und zurückgesetzt. Aus diesen und ähnlichen Aspekten erwächst aber ein Streben, es dem anderen gleichzutun oder ihn zu überflügeln - der "spirit of competition" ist aktualisiert.

b) Voraussetzungen des Wettbewerbs[1)]

Solche Ansätze lassen aber erkennen, daß ein solcher "spirit of competition" wohl eine notwendige, nicht aber auch eine hinreichende Bedingung für Wettbewerb ist. Damit Wettbewerb entsteht und bestehen bleibt, bedarf es zugleich all der subjektiven Freiheiten, die notwendig sind, um sich wettbewerblich zu betätigen. Selbst stärkste Rivalität kann keinen wettbewerblichen Ausdruck finden, wenn nicht die Freiheit gegeben ist, wettbewerbliche Handlungen vorzunehmen. Dabei ist der Begriff Freiheit in dem Sinne vielschichtig, als über einen oder mehrere Freiheitsgrade Wettbewerbsprozesse kreiert und durchgesetzt werden können. Abgesehen von den frei einsetzbaren Wettbewerbsparametern umfaßt dieser Freiheitsbegriff auch die strukturellen Voraussetzungen eines "Parallel- und Austauschprozesses".[2)]

Hierbei bezeichnet "Parallelprozeß" die Freiheit zum Wettbewerb unter den Konkurrenten einer Marktseite[3)], während "Austauschprozeß" die Wahlfreiheit unter verschiedenen Alternativen auf der Marktgegenseite beschreibt.[4)] Daraus folgt, daß der Parallelprozeß notwendige Bedingung für den Austauschprozeß ist.[5)] Wenn es aber insoweit auf Freiheitsgrade ankommt, so darf nicht negiert werden, daß hier sowohl Probleme

---

1) Vgl. dazu E. Hoppmann, Zum Problem ..., a.a.O., S. 9 ff
2) ibid., S. 4o ff; im Ergebnis ähnlich Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskommentar, 2.A., a.a.O., S. 129
3) E. Hoppmann, Zum Problem ..., a.a.O., S. 4o ff
4) ibid., S. 4o
5) ibid., S. 43

der formalen Entschließungsfreiheit als auch der materialen Handlungsfreiheit angesprochen sind. Demnach fehlt Freiheit nicht nur dann, wenn ein Kartellvertrag die Entschließungsfreiheit bindet, sondern ebenfalls dann, wenn uneingeschränkte Entschließungsfreiheit nicht umgesetzt werden kann, weil das Rechts- und Wirtschaftssubjekt die Umsetzung in Ermanglung von Mitteln, Macht usw. nicht vermag. Auch ist anzumerken, daß solche Freiheiten einerseits nur in Relation zu entsprechenden Freiheiten anderer Spielräume gewähren, andererseits ist aber nicht zugleich das Maximum einer so gearteten "relativen Freiheit" erforderlich, um Wettbewerb entstehen und fortbestehen zu lassen. Vielmehr kann Wettbewerb - und darauf wird zu achten sein - grundsätzlich auch dann existieren, wenn lediglich ein wettbewerblicher Freiheitsgrad gegeben ist.

c) Wettbewerb als Sozialprinzip[1)]

Als Sozialprinzip gesehen ist Wettbewerb allgemein ein Prozeß, der den Fähigsten zum Ziel kommen lassen soll. Da der Wettbewerb jedoch zwei Arten von Beziehungen aus dem Ursachenbereich beinhaltet, nämlich Rivalität und Kollegialität, besteht die andauernde Gefahr, daß er denaturiert. Ungezügelte Rivalität führt zu einem Vernichtungsprozeß, in dem unbequeme Konkurrenten vernichtet werden, ohne daß zwingend die Ausschaltung des Wettbewerbs selbst das Ziel solcher Vorgehensweise zu sein braucht. Hingegen animiert die Kollegialität als das Bewußtsein um gleiche Ziele und um die Interdependenz der individuellen Freiheiten und Erfolge zur Ausschaltung des unbequemen Wettbewerbs, indem wettbewerbliche Freiheitsspielräume einverständlich eliminiert werden. Daraus wird immerhin erkennbar, daß die Rivalität die ursprünglichere und dem Wettbewerbsphänomen eigentümlichere Einstellung ist, weil sie sich gegen den Wettbewerber richtet, während die Kollegialität den

---

1) H.St. Seidenfus, Die Wandelbarkeit des Wettbewerbsbegriffs, in: Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hrsg. Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 83 ff

Konkurrenten ohne Rivalitätsaspekte akzeptiert und sich als gemeinsame Verhaltensweise gegen den Wettbewerbsprozeß richtet.

2. Folgerungen für wettbewerbliche Regelungsansätze

a) Operationalität als Voraussetzung des Ziel- und Schutzgutcharakters

Wer den Wettbewerb unter Beachtung dieser empirisch weitgehend belegbaren Bedingtheiten sieht, der wird feststellen müssen, daß es in der Wirtschaft "den" Wettbewerb nicht geben kann, der Schutzgut eines Gesetzes sein könnte. Denn aus der Vielzahl der Kombinationsmöglichkeiten ergeben sich immer wieder so differenzierte Wettbewerbsverhältnisse, daß verschiedenen Märkten selbst unter der Annahme gleicher objektiver Bedingungen allein wegen möglicherweise unterschiedlicher subjektiver Verhältnisse ein jeweils eigenes Wettbewerbsklima zugestanden werden müßte.

Daraus folgt, daß eine Definition des Wettbewerbs im Sinne eines allgemein gültigen, aber zugleich operationalen Begriffs in Ansehung des Wettbewerbs als einer aktuellen Verhaltensweise aufgrund der Vielfalt der Verhaltensmöglichkeiten und der sie begleitenden Umstände sinnlos erscheint.[1] Entweder wird der Begriff zu eng, oder er ufert in dem Bestreben, alle vorstellbaren Erscheinungsformen abzudecken, zu einer Leerformel aus.

b) Durchsetzbarkeit als Voraussetzung des Ziel- und Schutzgutcharakters

Von solchen definitorischen Problemen abgesehen kann der Wettbewerb aber auch deshalb nicht als direktes Ziel begriffen

---

1) Vgl. die Darstellung verschiedener Definitionen bei "Fensterglas VI", Beschluß des BGH vom 5.2.1968, WuW 1968, S. 455 ff, 460; R. Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, München 1966, S. 197 ff; O. Sandrock, Grundbegriffe ..., a.a.O., S. 97; F.S. Behrens, Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, S. 481 ff

werden, weil er nicht final durchsetzbar ist.[1] Wie schon festgestellt wurde, kann Wettbewerb vorhanden sein, obwohl nur ein wettbewerblicher Freiheitsgrad existiert. Andererseits ist es denkbar, daß er trotz eines Maximums an Freiheitsgraden unterbleibt. Erst eine direkte Regelungsbefugnis, die den Staat in die Lage versetzte, eine potentielle Wettbewerbssituation in eine aktuelle zu verwandeln und gleichzeitig nach optimalen Gesichtspunkten auszusteuern, schaffte die materielle Voraussetzung, um den Wettbewerb als direktes Ziel begreifen zu können. Entgegen diesen Notwendigkeiten folgt unsere Rechtsordnung aber der Maxime, prinzipiell jedem den Betrieb eines Gewerbes zu ermöglichen und dabei in Anerkennung grundgesetzlich garantierter Freiheiten nicht positives Tun allgemein vorzuschreiben, sondern nur mißbilligtes zu untersagen. Unter der Herrschaft solcher Prinzipien ist es dem Gesetzgeber aber nicht möglich, in einem allgemeingültigen Gesetz wie dem GWB einen bestimmten, möglichst rivalitätsbewußten Unternehmertypus zu verlangen, wie er ebensowenig in der Lage ist, eine aktive Verhaltensweise Wettbewerb vorzuschreiben.

c) Ergebnis

Da der Wettbewerb weder operational als Ziel definierbar ist, noch Zwangs- und Steuerungsmöglichkeiten zu seiner materiellen Durchsetzung bestehen, kann er nicht als direktes Ziel der Rechtsordnung begriffen werden.[2] Über diese Tatsache können auch nicht Versuche der Literatur hinweghelfen, indem Identitätsformeln zwischen Wettbewerb und Zustand[3] bzw. Wettbewerb und Freiheit[4] ex- oder implizit aufgestellt werden. Wettbewerb ist sowohl nach dem hier gewählten Ansatz als

---

1) So ist wohl anerkannt, daß der Begriff Wettbewerb zumindest in § 1 GWB nur dazu dient, den Gegenstand einer Wettbewerbsbeschränkung zu klassifizieren. Vgl. Müller-Henneberg, a.a.O., S. 129, R. Knöpfle, Zum ..., a.a.O., S. 165 Anm. 15; E. Reimer, a.a.O., S. 12

2) so auch K.-H. v. Köhler, Gehört ..., a.a.O., S. 183o III a.E.

3) so R. Knöpfle, Zum ..., a.a.O., S. 174; F.S. Behrens, a.a.O., S. 482

4) E. Hoppmann, Wettbewerb als ..., a.a.O., S. 79; W.G. Schmitz, a.a.O., S. 2o93

auch im täglichen Sprachgebrauch immer zumindest der Versuch, anders zu sein.[1] Dies gilt nicht nur für den Kampfsport, bei dem diese Bestrebungen besonders signifikant zutage treten, sondern auch für die wirtschaftliche Rivalität.

Auch hier werden gegenüber beharrenden Konkurrenten Aktivitäten entfaltet, gegenüber agilen Konkurrenten stärkere Initiativen gezeigt, oder aber man bleibt passiv, weil vermutlich dem Konkurrenten seine Aktivität auch ohne eigenes Zutun zum Nachteil gereicht.[2] Ein solches Anderssein kann sich aber nur innerhalb eines Prozesses realisieren, so daß Wettbewerb und Zustand grundsätzlich nichts miteinander gemein haben.[3] Auch Begriffe wie "Spannungszustände" lenken von der typischen wettbewerblichen Dynamik lediglich ab und bezeichnen allenfalls intendierte Rivalitäten[4], die wir zwar als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingungen für Wettbewerb gekennzeichnet hatten.

Vom Wettbewerb zu unterscheiden ist auch die Wettbewerbsfähigkeit eines Zustandes bzw. einer Situation, die aber zugleich zum Verhältnis Wettbewerb-Freiheit hinführt. So wurde bereits darauf hingewiesen, daß beispielsweise die vollkommene Konkurrenz ein in sich nicht wettbewerbsfähiger Zustand ist, weil definitionsgemäß alle wettbewerbsrelevanten Aktionsparameter entweder ausgeschlossen oder aber in Bezug auf die angestrebten Vorteile unwirksam sind.

Ebenso stellt ein Monopol auf einem vollkommen geschlossenen Markt als das andere Extrem einen nicht wettbewerbsfähigen Zustand dar. Im hier vertretenen Sinne setzt Wettbewerb demnach zunächst wettbewerbsfähige Situationen voraus und da-

---

1) W. Fikentscher, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff, 798; O. Sandrock, Grundbegriffe ..., a.a.O., S. 129 f; E. Reimer, a.a.O., S. 12; Rasch/Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- Monopolrecht, 3.A., Herne-Berlin 1966, § 1 Rdnr. 16; Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., 1. A. S. 168, 2. A. S. 129;

2) so wohl auch W. Fikentscher, Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Böhm I, S. 261 ff, 264

3) vgl. dazu eingehend R. Lukes, Zum ..., a.a.O., S. 216 ff m.w.N.

4) F.S. Behrens, a.a.O., S. 482

mit irgendwie geartete Verhältnisse zwischen den beiden Extremen des Monopols und der vollkommenen Konkurrenz; Verhältnisse also, in denen weder aus faktischen, rechtlichen oder sonstigen objektiven Gesichtspunkten der Einsatz irgendwelcher Wettbewerbsparameter durch aktuelle oder potentielle Marktteilnehmer verhindert ist. Der Begriff "Wettbewerbsfähigkeit" bezeichnet mithin nichts anderes als die formellen und materiellen Freiheitsgrade einer Marktsituation im Hinblick auf den Einsatz von wettbewerblichen Aktionsparametern. Da Freiheit zumindest in diesem eingeschränkten Sinne identisch ist mit dem Grad der Wettbewerbsfähigkeit, diese als Voraussetzung des Wettbewerbs mit ihm aber nicht gleichgesetzt werden kann, können auch Freiheit und Wettbewerb nicht identisch sein.

Bei einer Anerkennung des Wettbewerbs als Verhaltensweise können somit auch die objektiv feststellbaren Freiheitsspielräume für die Anwendung wettbewerblicher Aktionsparameter allenfalls als notwendige, keineswegs aber als hinreichende Bedingungen für Wettbewerb angesehen werden.[1] Hinzutreten müssen überdies alle subjektiven Merkmale der Wettbewerber, die zunächst in ihnen selber wirken, wie Herkunft, Alter, familiäre Verhältnisse und sonstige persönliche Bindungen[2], ferner Gesundheit und Temperament sowie mannigfache andere Aspekte, aus denen Konkurrenzbewußtsein und Konkurrenzbereitschaft als Ausprägungen eines subjektiven Erfolgswillens herrühren.

Mit welcher Intensität eine solche potentielle Wettbewerbsbereitschaft unter gegebenen objektiven Bedingungen zu einem aktuellen Wettbewerbsverhalten führt, hängt schließlich katalytisch von der Struktur und den sonstigen Verhältnissen auf der Marktgegenseite ab. Konstante objektive und subjektive Bedingungen im hier genannten Sinne werden deshalb zu unter-

---

1) Vgl. auch Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar, 2.A., a.a.O., S. 136: "Daß Dispositionsfreiheit besteht, bedeutet zwar noch nicht, daß Wettbewerb herrscht"; vgl. auch R. Knöpfle, Zum ..., a.a.O., S. 17o

2) so schon F. Kleinwächter, Lehrbuch der Nationalökonomie, 2.A., Leipzig 19o9, S. 236 f

schiedlichen Wettbewerbsintensitäten führen, je nachdem ob ein Käufer- oder Verkäufermarkt vorherrscht.

Trotz der Vielfalt der sich daraus ergebenden Kombinationsmöglichkeiten lassen sich gewisse langfristige Interdependenzen feststellen, die zwar nicht zwingend, aber doch überwiegend zu beobachten sind. Sie bestehen darin, daß objektive und subjektive Wettbewerbsvoraussetzungen mit der Entwicklung des Marktes und damit der Marktphase korreliert sind, und daß sich im Zuge dieser Entwicklung zunehmend eine konjekturale Interdependenz zwischen der Marktphase und der subjektiven Wettbewerbsbereitschaft ergibt.[1)]

Damit sind Feststellungen getroffen, nach denen der Wettbewerb nicht final durchsetzbar, sondern lediglich mittelbar förderungsfähig ist. Der Gesetzgeber mußte deshalb in Verfolgung einer Wettbewerbsordnung als Marktordnung notgedrungen auf Umstände zurückgreifen, aus denen sich nach der jahrhundertealten Kenntnis vom Menschen und seines artspezifischen Konkurrenzbewußtseins immer wieder Wettbewerb ergeben wird - nämlich aus den Freiheitsgraden der jeweiligen Lebenssachverhalte, die die Aktualisierung des vorhandenen Konkurrenzbewußtseins erst ermöglichen. Dieselbe Kenntnis vom Menschen untersagte es dem Gesetzgeber jedoch zugleich, bestimmte objektive Konstellationen ein für allemal festzulegen, wie es etwa schematisch anhand des Modells der vollkommenen Konkurrenz hätte geschehen können und näherungsweise im Kantzenbachschen Konzept geschehen soll.

Denn das Konkurrenzbewußtsein als Motor für mögliche Wettbewerbsmaßnahmen wird längerfristig nur dann immer wieder aktualisiert werden, wenn es auch final, d.h. im Sinne eines Überwindens der Konkurrenz, eingesetzt werden kann. Der Gesetzgeber mußte deshalb ebenfalls anerkennen, daß aus einer

---

1) Im Rahmen der hier gesuchten Ergebnisse mag dieser Hinweis unter Berufung auf die Untersuchungen von E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, a.a.O., genügen. Vgl. spezieller auch J. Werner, Das Verhalten im Oligopol als wettbewerbspolitisches Problem, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1967, 103. Jahrgang, S. 211 ff

Wettbewerbssituation, in der viele Marktteilnehmer mit hoher Wettbewerbsintensität um ihren jeweiligen Markterfolg ringen, sich im Laufe dieses Prozesses wenige als erfolgreicher herauskristallisieren, so daß der Wettbewerb selber zur Ursache der Einschränkung oder Ausschließung der Freiheit anderer werden wird.[1] Diese wettbewerbstypische Entwicklung könnte zwar durch Festschreibung eines status quo unterbunden werden und ließe möglicherweise die größten formellen Freiheitsgrade bestehen, doch für das agierende Wirtschaftssubjekt bestünde als Wettbewerber keine Aussicht, diese Freiheitsgrade durch Wettbewerbsmaßnahmen zu verändern. Aus der Sicht der Marktteilnehmer wäre Wettbewerb sinnlos[2] und müßte schließlich unterbleiben.

Diese Unlust zum Wettbewerb ist bereits für heutige Märkte mit engerer Marktstruktur augenfällig. Sie pflegt trotz vorhandener Freiheitsspielräume recht schnell einzutreten, weil die Marktsituation so transparent geworden ist, daß die Teilnehmer in einer Strategie der Verständigung zumindest langfristig bessere Marktergebnisse erhoffen können als mit einem Wettbewerbsverhalten, das aufgrund gesetzlicher Konstellationen ohnehin nicht zu einer Überwindung der Konkurrenz führen darf. Das Eintreten und die Beständigkeit solcher Verhaltensweisen wird in aller Regel noch von zwei weiteren Gründen getragen. Zum einen ist es die rechtliche oder faktische Beschränkung des Marktzutritts[3], die sich zumeist auf bestehende Marktmacht stützt, zum anderen ist es die möglicherweise noch gravierendere Ignoranz und Gleichgültigkeit der Marktgegenseite.[4] Neuerdings weist auch Schmölders aufgrund stati-

---

1) Vgl. E. Kantzenbach, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, 2.A., Berlin 1971, S. 159 ff, 166 ff

2) für das Kantzenbachsche Konzept ergäbe sich daraus die Notwendigkeit immer stärkerer Interventionen bis hin zur totalen Lenkung des Marktes, um die versprochenen Ergebnisse zu erreichen und die Sinnhaftigkeit des Konzeptes zu beweisen.

3) vgl. zu dieser Problematik die umfassende Analyse von J.S. Bain, Barriers to New Competition, a.a.O.

4) vgl. die treffende Darstellung bei T. Scitovsky, Ignorance as a Source of Oligopoly Power, a.a.O.

stischer Erhebungen darauf hin, daß "schon eine der wichtigsten Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb nicht erfüllt" ist und zwar "ein einigermaßen fundiertes ökonomisches Verständnis", aus dem sich alleine ein kritisches, rationales Konsumentenverhalten entwickeln kann.[1] Obwohl diese Zusammenhänge im Rahmen des Wettbewerbsproblems von vehementer Wichtigkeit sind, muß doch anerkannt werden, daß sie im Rahmen des GWB ohnehin nicht tatbestandsmäßig zu lösen und deshalb auch hier nicht weiter zu verfolgen sind.

Aus der hier entwickelten Sicht kann Wettbewerb deshalb nur als Reflex aus bestimmten, mehr oder weniger beeinflußbaren Randdaten der genannten Art angesehen werden. Ebensowenig wie aber dieser Wettbewerb direkt und präzise zu steuern ist, ist dann die aus diesem Reflex Wettbewerb resultierende ökonomische Effizienz in einem auch nur annähernd rechenhaften Sinne operational. Es liegt deshalb eine besondere Gefahr darin, hinter den Worten Wettbewerb und Effizienz, die beide weder Ziel- noch Regelungsgegenstände sein können, den einzig grundgesetzkonformen Sinngehalt des GWB, nämlich die Fortschreibung des Schutzgutes Freiheit im Marktprozeß, zu vergessen. Dabei spielt die ständige Versuchung eine Rolle, die in aller Regel durch den Wettbewerb auftretenden statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen in den Vordergrund zu stellen, instrumentell zu interpretieren und ebenso handhaben zu wollen. Gerade diese Ansätze scheitern aber an der nicht vorhandenen umkehrbaren Eindeutigkeit zwischen Freiheit und Wettbewerb und versuchen alsdann, diese unsicheren Zusammenhänge durch "Aussteuern" der Freiheit zugunsten der instrumentellen Wettbewerbsfunktionen zu verbessern. So wenig wie die Freiheit einen instrumentellen Charakter hat, so wenig kann er dem auf dieser Freiheit beruhenden Wettbewerb zugeschrieben werden. Im technischen Sinne liegen Instrumente immer nur dann vor, wenn sie steuerbar und gewillkürt einsetzbar sind. Dies trifft aber weder auf die Freiheit, noch auf

---

1) G. Schmölders, Aufklärung des "kleinen Mannes" ist die Aufgabe der Zukunft, in: Handelsblatt, Sonderausgabe zum 75. Geburtstag von L. Erhard, a.a.O., S. XV ff, XVII

den aus ihr sozialadäquat erwarteten Reflex Wettbewerb zu.

Es ist schließlich nicht das Anliegen unserer Gesamtordnung oder ihrer Teilbereiche, die Effizienz zu suchen und ihr notfalls die Freiheit zu opfern, sondern es ist die unbestreitbare Aufgabe dieser Ordnungen, die freie Entfaltung des Individuums zu gewährleisten und die damit zumeist einhergehende ökonomische Effizienz "billigend in Kauf zu nehmen". Damit ist die Effizienz aber nur eine sozialadäquate Begleiterscheinung der gelebten subjektiven Freiheiten, nicht aber ein eigentliches Ziel oder gar eine Bedingung und Voraussetzung für solche Freiheiten.

V. Die wirtschaftliche Freiheit als Schutzgut des GWB

Es ist nunmehr die Frage zu prüfen, ob bzw. wie sich eine solche Sicht des Wettbewerbs, die ihn im Grunde nur als Abstraktionsbegriff[1] verwendet, mit dem GWB vereinbar ist. Für entsprechende Überlegungen im Rahmen des GWB gilt zunächst, daß uns der historische Gesetzgeber nicht im einzelnen zu binden vermag; und zwar selbst dann nicht, wenn seine Vorstellungen in den Motiven und Begründungen klar erkennbar sind.[2] Lediglich das, was in Verbindung mit objektivierten Anhaltspunkten im Gesetz selbst eine Stütze findet, kann Bestandteil des "normativen Gesetzessinnes" sein, der gleichwohl noch der Auslegung zugänglich und im Zweifelsfalle durch sie zu ermitteln ist.[3]

Aus unseren Erörterungen zur Indeterminiertheit des Wettbewerbsbegriffs wird verständlich, warum der historische Gesetzgeber den Wettbewerb nicht definiert hat. Vielmehr hat er

---

1) Vgl. H. Hubers analoge Feststellung für die Vertragsfreiheit, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft, Berlin 1966, S. 31; so auch K.-H. v. Köhler, Gehört ..., a.a.O., S. 1830

2) vgl. BVerfGE 1/299; OVG Münster, OVGE 8/293; v. Wallis, Steuerrecht und Privatrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, a.a.O., S. 1776 IV 1

3) K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, S. 241

sein Werk "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" genannt und damit schon im Titel zu erkennen gegeben, daß das Gesetzeswerk nicht eine positive, sondern eine negative Regelung der Wettbewerbsproblematik beinhaltet. Auch mit diesem Ansatz sind unsere bisherigen Feststellungen kompatibel, wonach jede Beschränkung des Wettbewerbs auch zwingend eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit ist, so daß vom Titel und Thema des Gesetzes her der Freiheitsschutz durchaus als verfolgter Zweck gelten kann. Diese generelle Feststellung ist jedoch anhand der grundlegenden Vorschriften des GWB noch zu erhärten.

1. Zur Vereinbarkeit des Freiheitsschutzes mit § 1 GWB

Gegen diese These des Freiheitsschutzes könnte zunächst eingewandt werden, daß sie mit § 1 GWB nicht vereinbar sei. Diese Behauptung könnte sich auf die hier vertretene dynamische Sicht des Wettbewerbs und die möglicherweise mißverständliche Formulierung des § 1 GWB stützen, wonach die Marktbeeinflussung, wenn überhaupt, so durch "Beschränkung des Wettbewerbs" eintreten muß. So wie wir aber herausgearbeitet haben, daß Freiheit nicht gleich Wettbewerb ist, so müssen wir nun gegen uns gelten lassen, daß dann auch eine Freiheitsbeschränkung denkbar ist, die nicht zugleich eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet. Dies ist beispielsweise für den Fall denkbar, daß an einem Markt, an dem faktisch kein Wettbewerbsprozeß zu bemerken ist, ein Kartellvertrag geschlossen wird, der allenfalls die zukünftigen wettbewerblichen Aktivitäten unterbinden soll. Dem Wortlaut nach könnte es also zumindest am Tatbestandsmerkmal "durch Beschränkung des Wettbewerbs" fehlen. So verweist auch Tetzner darauf, daß "ein gar nicht vorhandener Wettbewerb ... nicht beschränkt werden" kann.[1)]

Die Frage ist allerdings, ob die Überlegungen hier nicht bereits zu oberflächlich am Wortlaut der Bestimmung enden. Es bedarf deshalb eines genaueren Erfragens dessen, was als "Wettbewerb" zu gelten hat. In diesem Falle vermag eine teleologi-

---

1) H. Tetzner, a.a.O., S. 21

sche Auslegung weiterzuhelfen und die rechtlich bedeutsamen Zusammenhänge zu erarbeiten.[1]

Nach dem Wortlaut des § 1 GWB sind solche tatbestandsmäßigen Handlungen verboten, die "geeignet" sind, "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen." Dem Gesetzgeber kam es also schon vom Regelungsansatz her darauf an, eine Beeinflussung der Marktverhältnisse[2] zu unterbinden. Dies ergibt sich zum einen aus dem Inhalt der Wortfelder, wie auch aus der formellen Regelung. Materiell inhaltlich umfassen die Marktverhältnisse wesentlich mehr Daten als sie für Wettbewerb notwendig wären. Auf einem Markt sind immer Marktverhältnisse gegeben, mag Wettbewerb auch nicht existieren. Wären beide Begriffe identisch, so hätte sich der Gesetzgeber überdies leichter getan, wenn er eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs unmittelbar verboten hätte. Schließlich ergäbe eine Gleichsetzung von Marktverhältnissen und Wettbewerb auch deshalb keinen Sinn, weil eine Beschränkung des Wettbewerbs nicht nur "geeignet" sein kann, den Wettbewerb zu beeinflussen, sondern diese Beeinflussung schon beinhaltet und vollzogen hat.

Wenn demnach die Marktverhältnisse als der umfassende Oberbegriff anzusehen und vor Beeinträchtigungen zu schützen sind, so stellte sich für den Gesetzgeber die weitere Frage, welche Beeinträchtigung er aus der Vielzahl der denkbaren Einwirkungen ahnden sollte. Immerhin kommt beispielsweise eine Beeinträchtigung dieser Marktverhältnisse auch dadurch in Betracht, daß die Bundesbahn einen Waggon mit Gütern, die am nächsten Tag vermarktet werden müssen und sollen, nicht an den Bestimmungsort bringt. Das Angebot ist verknappt, die Preise steigen usw. Der Gesetzgeber hat nun in gewollter Abgrenzung bestimmte Verträge und Beschlüsse des Unternehmenssektors als mißbilligenswert herausgestellt. Indem er aber aus der Zahl der Beeinflussungsmöglichkeiten gerade diese

---

1) Vgl. R. Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin 1965, S. 100 f

2) im folgenden synonym für "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen".

wählte, hat er zugleich auch einen Wertentscheid über jene Bestimmungsgrößen der Marktverhältnisse getroffen, die er für besonders schützenswert erachtete. Allerdings waren dies nicht die Verträge und Beschlüsse selbst, sondern die durch sie veränderbaren Marktverhältnisse - veränderbar insofern, als Verträge und Beschlüsse vor allem durch ihre Bindungswirkung gegenüber den Beteiligten die Marktverhältnisse verändern. Dadurch, daß der Gesetzgeber diese Bindung bei Erfüllung weiterer Tatbestandsmerkmale mißbilligte, mißbilligte er konkret die Kategorie der Beeinflussung der Marktvernältnisse, die in der Beschränkung der formalen Freiheit besteht.

Vom Aufbau der Überlegung ergab sich das Folgeproblem, wie die durch vielerlei Verträge betroffene formale Freiheit in einem relevanten Sinne für den Marktbereich abzugrenzen sei. Nach dem bisherigen Ansatz wäre beispielsweise auch ein Vertrag tatbestandsmäßig, in welchem mehrere Unternehmer vereinbaren, gemeinsam ein bestimmtes Spendenaufkommen aus ihrem Gewinn für ein Notstandsgebiet aufzubringen. Ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 705 BGB wäre ebenso gegeben, wie eine Beeinflussung der Marktverhältnisse. Denn bei entsprechender Höhe des Spendenaufkommens ist unschwer zu erkennen, daß eine solche Regelung u.a. die Investitionsneigung an diesem Markt als Bestandteil der Marktverhältnisse verändern würde. Es bestehen aber sofort erhebliche Bedenken, diese formale und materiale Freiheitsbindung für unwirksam zu erklären. Ebenso wie aus der Vielzahl der Beeinflussungsmöglichkeiten nur die bedeutsamste auszuscheiden war, so mußte auch auf dieser Stufe ein Abgrenzungskriterium gesucht werden. Dieses Merkmal heißt nun "durch Beschränkung des Wettbewerbs".

Es ist als Korrektiv dazu bestimmt, aus der Unzahl vertraglicher Beschränkungen der formalen und materialen Freiheit im Unternehmenssektor diejenigen herauszufiltern, die die Freiheit im Bereich der Marktverhältnisse und damit diese selbst am direktesten tangieren. Das aber sind Beschränkungen der "Wettbewerbsfreiheit"; Beschränkungen der Möglichkeiten, einen Markt zu betreten, auf ihm erlaubte Wettbewerbs-, also

wirtschaftliche Aktionsparameter, einsetzen und ihn gegebenenfalls auch verlassen zu können.

Eine teleologische Auslegung der so aufgebauten Bestimmung führt zu dem Ergebnis, daß das Korrektiv durch "Wettbewerbsbeschränkungen" nicht dazu dienen kann, solche Freiheitsbeschränkungen als nicht erfaßbar anzusehen, die zwar die Marktverhältnisse aufs Schärfste zu beeinflussen geeignet sind, jedoch in einem Zeitpunkt vorgenommen werden, in dem faktisch und vordergründig kein Wettbewerb im Sinne eines Vor- und Nacheilens besteht.

Dieser zunächst angenommene Widerspruch löst sich allerdings ohnehin in dem Moment auf, in dem wir die reine Tatbestandsbetrachtung mit den zu erfassenden Lebenssachverhalten konfrontieren. Danach haben wir den Wettbewerb als ein bestimmtes Verhalten zu verstehen. Nun ändern sich die Preise und sonstigen Aktionsparameter aber selbst an einem wettbewerbsintensiven Markt nicht Tag für Tag, so daß das Gesetz dem Leben nicht gerecht würde, wenn es nur die jeweilige Veränderung der Aktionsparameter als Wettbewerb akzeptieren wollte. Ganz im Gegenteil besteht Wettbewerb in jeder Verhaltensweise, die wettbewerblich motiviert ist - also beispielsweise auch im wettbewerblich kalkulierten Aufrechterhalten eines einmal gewählten Preises. Denn auch im Falle einer solchen Beibehaltung der gewählten Parameter ist der jeweilige Unternehmer eines Wettbewerbsmarktes Tag für Tag mit der Frage konfrontiert, "ob er richtig liegt." Mag er seine Verhaltensweise nach außen nicht geändert haben, so hat er doch in solchen Fällen stets wettbewerbliche Entscheidungen gefällt und sich demnach wettbewerblich verhalten. Auch im Sport erachten wir ja denjenigen Läufer als Konkurrenten, der sein einmal eingeschlagenes Tempo Runde für Runde aufrechterhält und andere in der Absicht an sich vorbeiläßt, seine Reserven in einem entscheidenderen Augenblick auszuspielen.

Unter solchen Aspekten ist Wettbewerb dann ebenfalls im Beispiel eines Monopolisten denkbar, dem die totale Marktschließung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht

gelungen ist. Solange er sich in Anbetracht dieser Tatsache und zum Schutze gegen möglichen Marktzutritt dergestalt verhält, daß er Preise und Mengen stets in dem Maße fixiert, das das Interesse an einem Zutritt durch Dritte nicht stark genug werden läßt, verhält er sich hinsichtlich potentieller Konkurrenz wettbewerblich.[1)]

Wir werden deshalb immer dann von Wettbewerb sprechen müssen, solange die vorhandene Freiheit zur Gestaltung der Aktionsparameter u.a. im Hinblick auf bestehende aktuelle oder potentielle Konkurrenz benutzt wird. Je nachdem welche Rolle dabei diese wettbewerbliche Beachtung der aktuellen oder potentiellen Konkurrenz neben anderen Einflußvariablen bei der Ausgestaltung der Aktionsparameter spielt, liegt stärkerer oder schwächerer Wettbewerb vor. Daraus folgt aber, daß eine Wettbewerbsbeschränkung in Weiterführung unserer bisherigen Gedanken immer dann vorliegt, wenn insoweit offene und unbestimmte wettbewerbliche Verhaltensweisen der Zukunft in tatbestandsmäßiger Form gebunden werden.[2)]

Die teleologische Betrachtung des § 1 GWB führt damit zu der Feststellung, daß diese Bestimmung den Schutz wettbewerblicher Freiheiten bezweckt und dieses Schutzgut aufgrund tatbestandsmäßiger Verträge und Beschlüsse dann als verletzt erachtet, wenn sonst denkbare wettbewerbliche Maßnahmen im Hinblick auf aktuelle oder potentielle Konkurrenz ganz oder teilweise unterbunden werden. Zum Verhältnis Freiheit - Effizienz ist außerdem anzumerken, daß gerade die kartellrechtliche Grundnorm des § 1 GWB eine Kompensation festgestellter Freiheits- und damit Wettbewerbsbeschränkung durch Effizienznachweise nicht zuläßt.[3)]

---

1) So auch O. Sandrock, Grundbegriffe ..., a.a.O., S. 129 f
2) ähnlich Müller-Henneberg, a.a.O., 2.A., S. 136, der jede Freiheitsbeschränkung trotz nicht vorhandenen aktuellen Wettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung ansieht. Vgl. auch E. Langen, a.a.O., S. 67; auch H. Tetzner, a.a.O., S. 16, führt aus: "Es müssen also Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten begründet werden, das ... objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken."
3) so auch BGH, NJW 1962, S. 247; H. Tetzner, a.a.O., S. 25 f

2. Der Freiheitsschutz in sonstigen Bestimmungen des GWB

Auch die sonstigen Grundsatzbestimmungen des GWB wie die §§ 15, 18 ff, 22 ff, 25 ff können nach bisherigem Recht eindeutig als Regeln bezeichnet werden, die bestimmte tatbestandsmäßige Verhaltensweisen und damit die Freiheiten derjenigen beschränken, die durch die Wahrnehmung ihrer Freiheit Dritte in einem nicht erwünschten Sinne an deren freier Entfaltung hindern. Auch für die konkreten Freiheitsbeschränkungen im Sinne der §§ 15 und 18 ff GWB gilt, daß Effizienzüberlegungen als Gegengewichte nicht anzuwenden sind - allein der vom Gesetzgeber als mißbilligenswert anerkannte Grad der Freiheitsbeschränkung impliziert das entsprechende Verbot.

Schließlich ist auch die alte wie die neugeregelte Mißbrauchsaufsicht von dem Schutz der Schwächeren intendiert und ebenfalls bar jeglicher Effizienzüberlegungen bestrebt, ihnen ein Minimum an Freiheiten zu sichern. Eine grundgesetzkonforme Interpretation des GWB hat deshalb nach seinen tragenden Grundgedanken die Freiheit zum Wettbewerb als Schutzgut anzusehen. Auch der zu bedauernde Einbruch von Effizienzansätzen in einigen Ausnahmetatbeständen zu Lasten dieses Schutzgutes kann von einer Aufrechterhaltung des Freiheitswertes nicht entpflichten. Nach wie vor gelten die im staatsrechtlichen Bereich gefaßten Wertvorstellungen auch im GWB und sind gegen weitere Aushöhlung zu schützen.

3. Zur Parallelität des Regelungsgegenstandes und der Regelungsmethode im GG und GWB

a) Grundtendenzen des GG in Bezug auf die Freiheit und ihre Verwirklichung

Über die Identität der Wertvorstellungen hinausgehend zeigt das GWB auch in seiner formellen Struktur wesentliche Parallelitäten zum Grundgesetz. Letzteres billigt den Bürgern Freiheiten zu, die in ihren Kernbereichen tabuisiert sind und geht davon aus, daß der einzelne diese ihm anvertrauten Gestaltungsfreiheiten zum eigenen wie auch zum Nutzen Dritter,

zumindest aber nicht zu deren Schaden, wahrnimmt. So zwingt beispielsweise das GG und die aus ihm abgeleitete Ordnung niemanden, zu arbeiten und für sich zu sorgen; vielmehr nimmt es zur Wahrung wirklicher Freiheitsrechte in Kauf, daß sich jemand entgegen den Erwartungen verhält und möglicherweise in die Gefahr gerät, zu verkommen. Lediglich soziale Hilfestellungen versuchen, die für den einzelnen und die Gemeinschaft dabei auftauchenden Probleme bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte zu lindern. In solchen Fällen wäre regelmäßig der Arbeitsbefehl wesentlich effizienter. Doch gerade er verstieße gegen die Freiheit, etwas zu tun oder auch zu lassen. Trotz des Bewußtseins um solche und ähnliche Probleme haben die "Väter des Grundgesetzes" den Freiheitsgedanken nicht aufgegeben, weil sie von der Erwartung ausgehen konnten, daß die Mehrzahl der Bürger die von der Rechtsordnung gewährte Freiheit nicht mißbrauchen und damit mißachten würde.

So billigt auch Art. 2 GG jedem die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit in der Hoffnung zu, daß sich jeder gemeinverträglich entwickeln wird. Dabei hat der Gesetzgeber eine solche Gemeinverträglichkeit keineswegs positiv vorgeschrieben, sondern lediglich die grobe Unverträglichkeit als Verstoß gegen die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz mißbilligt. Ähnliche Überlegungen des Verfassungsgebers stehen auch hinter der politischen und der Meinungsfreiheit; hier werden ebenfalls im Rahmen des Art. 19 Abs. IV GG Freiheiten des einzelnen anerkannt, die heutzutage teilweise eingesetzt werden, um das GG als ihre Grundlage zu beseitigen. Auch hier existiert keine positiv inhaltliche Bestimmung der Freiheit, sondern nur die Hoffnung und Erwartung, daß die Mehrzahl von ihrer Freiheit einen Gebrauch macht, der dem einzelnen und der Gesamtheit nicht schadet. Lediglich das Bewußtsein um die politische Vergangenheit und die besonderen Gefahren aus dem politischen Freiheitsbereich wurden auch hier zum Schwellenwert in dem Sinne, daß der Staat in bestimmten Fällen des Freiheitsmißbrauchs zum Eingriff berechtigt wurde.

Auch hier zeigt sich demnach nur eine negative Abgrenzung der gewährten Freiheitsspielräume.

Alle diese Freiheiten schaffen wegen ihrer Indeterminiertheit und aufgrund der Unmöglichkeit, ihren jeweiligen individuellen Gebrauch vorauszusagen, keinerlei Ansätze für steuerbare oder gar effiziente Prozesse. Die Voraussetzungen dafür hatte sich allerdings der vorangegangene totalitäre Staat geschaffen. Und soweit er sie nicht normativ fixiert hatte, war er in Ermanglung echter Gewaltenteilung zumindest in der Lage, das Individuum durch öffentlichen Meinungsdruck und öffentliche Diskriminierung zu lenken. Es war deshalb geradezu das Grundanliegen des GG, sich von solchen "effizienten" Strukturen abzuwenden und ein offenes, aus der Freiheit und Mehrheit seiner Bürger heraus wandelbares System zu sein. Es will ein offenes System sein, das keine anderen Ziele vorgibt als die Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit. Doch selbst diese hohen Werte sind nicht Selbstzweck, sondern unabdingbare Voraussetzungen für die Offenheit des Systems und damit zugleich für die besten menschlichen Entfaltungsbedingungen. Nur eine solche Konzeption verwirklicht als zentrales Rechtsgut die Freiheit des einzelnen, die lediglich dort negativ abzugrenzen ist, wo ihr Gebrauch nach jahrhundertelanger Erfahrung für ein Gemeinwesen unverträglich ist.

b) Freiheitsvorstellung und Realisation im GWB

Völlig parallel zu dieser Grundordnung präsentiert sich die Konzeption des GWB. Auch das GWB versteht sich als eine offene und wandelbare Ordnung. Die zentralen Lebenssachverhalte wie Markt und Wettbewerb sind nicht einmal definiert, weil sie ständig variieren, weil neue Formen der Vermarktung wie auch des Wettbewerbs entstehen und wieder verschwinden. Hinter dieser Konzeption verbirgt sich ebenfalls die Hoffnung und Erwartung des Gesetzgebers, daß sich der einzelne in dieser offenen Ordnung günstig entfaltet und damit auch anderen Vorteile bringt. Erst dort, wo die individuelle Entfaltung empirisch und mit ziemlicher Sicherheit in Kollision mit den

Freiheiten anderer und damit mit der Offenheit und Wandelbarkeit des Systems gerät, hat sich der Gesetzgeber in grundgesetzkonformer Weise den Eingriff vorbehalten. Auch hier dient die staatliche Beschränkung einer individuellen Freiheit dem Schutz und Fortbestand anderer Freiheiten, auf die die freiheitliche Marktordnung jetzt und in Zukunft gegründet ist.

Die Erwartung einer für alle günstigen Entwicklung durch Anerkennung individueller Freiheiten und die Hoffnung, daß der aus dem freiheitlichen Vorteilsstreben des einzelnen immer wieder ausbrechende Konkurrenzkampf auch in einem Gesamtwohlsinne vorteilhaft sind, sind aber keineswegs identisch mit der Effizienz als einem final zu verfolgenden Ziel. Vielmehr bestätigt sich hier die unbedingte Parallelität zum grundgesetzlichen Vorgehen, das zwar ebenfalls auf bestimmte Ziele infolge der individuellen Freiheitsverwirklichung abstellt, den einzelnen darauf aber nicht in einem unfreien Sinne verpflichtet. Deshalb lassen auch alle grundlegenden Tatbestände des GWB erkennen, daß die Maßstäblichkeit für die Formulierung dessen, was Freiheitsmißbrauch im Marktbereich sein soll, dem Schutzgut Freiheit und der Vorstellung von diesem Schutzgut, nicht aber einem nicht freiheitlichen Wert wie beispielsweise der Effizienz entnommen ist. So richtet sich § 1 GWB prinzipiell gegen bestimmte Maßnahmen kollektiver Marktbeeinflussung, sobald diese als Benachteiligung der dem Kollektiv nicht angehörenden Unternehmer empfunden wird. Und § 12 GWB stellt auch gegenüber den Ausnahmen zu § 1 GWB fest, daß das in Abweichung zu dieser Bestimmung erlaubte Verhalten nicht über diesen erlaubten Bereich hinaus unfair eingesetzt werden darf. Vor allem dieser Gedanke eines unfairen Verhaltens, der auch in den §§ 15, 18, 22, 25 ff GWB herrschend ist, zeigt eindeutig, daß der Versagungsmaßstab für bestimmte Verhaltensweisen aus dem Schutzgut der Freiheit herrührt. Denn jede Zubilligung von Freiheiten an die Teilnehmer eines Interaktionssystems wird sich notwendig immer wieder damit befassen müssen, welcher Gebrauch dieser Freiheiten noch tolerabel sein soll und welcher nicht. Die Frage der Fairneß ist demnach einem auf die individuelle Freiheit gegründeten Interaktionssystem gleichermaßen immanent.

c) Zusammenfassender Vergleich

Das GWB stellt sich deshalb als eine sowohl im Grundwert als auch im Aufbau und der Konzeption parallele Ordnung zum Grundgesetz dar. Es ist eine Ordnung, die es im Rahmen ihrer Grenzen dem einzelnen erlaubt, über andere hinauszuwachsen, erfolgreicher zu sein, soweit diese Erfolge abgesehen von Zufällen und Glück auf Maßnahmen beruhen, die gesetzeskonform sind. Ebenso gestattet es auch das GG in einem allerdings noch umfassenderen Sinne, daß der einzelne sich durch beispielsweise mehr Arbeit, Strebsamkeit, Klugheit usw. auch in anderen als den rein wirtschaftlichen Bereichen von seinen Mitmenschen absetzt, solange er diese Fertigkeiten im zugebilligten Freiheitsbereich entwickelt und einsetzt.

Für die weiteren Überlegungen gilt es deshalb festzustellen, daß die Auslegung und Anwendung des GWB mangels expliziter Definition des Wettbewerbs von der Realität auszugehen hat und dabei berücksichtigen muß,

ca) daß sinnvolles Schutzobjekt bei befriedigender Kodifizierbarkeit nur die Freiheit zum Wettbewerb in negativer Abgrenzung sein kann[1],

cb) daß Wettbewerb von den Wettbewerbsträgern final zur Überwindung bzw. Herabsetzung der Konkurrenten genutzt wird und bei Unterbindung dieser Möglichkeiten nicht praktiziert würde,

cc) daß das Wettbewerbsrecht und die Wettbewerbspolitik in Anerkennung dieser Tatsachen Einbußen an Wettbewerbsintensität und Freiheitsgraden einzelner im Zuge der Marktentwicklung hinnehmen müssen, soweit diese wettbewerbsimmanent sind.

Wenn aber diese wettbewerbsimmanente und tendenzielle Einschränkung der Wettbewerbsfreiheiten und damit des Wettbewerbs nicht unterbunden werden darf, damit dem wettbewerb-

---

1) Vgl. R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 323 ff; derselbe, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 596 ff; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 194 ff

lichen Erfolgswillen nicht die Anreize genommen werden, so müssen andererseits gerade alle Akzeleratoren im Wettbewerbsprozeß bekämpft werden, die die wettbewerbsbeschränkenden Effekte des typischen und anerkennenswerten Wettbewerbsprozesses verstärken. Darüber hinaus sind dann erst recht all die Maßnahmen zu verhindern, die atypische und nicht anerkennenswerte Entwicklungen des Wettbewerbsprozesses herbeiführen.

Die praktischen Folgerungen aus dieser Ableitung bestehen nun darin, daß die wettbewerbsrechtliche Entwicklung stets hinter der tatsächlichen hereilen wird, da zunächst immer ein Erfahrungs- und Bewertungsprozeß notwendig sein wird, um die einen oder anderen Marktvorkommnisse als nicht wettbewerbsimmanent zu entlarven und ihnen entgegenzutreten, soweit sie nicht schon von vornherein gegen allgemein schützenswerte Maximen wie etwa die Lauterkeit des Wettbewerbs eindeutig verstoßen. Da allerdings hinzukommt, daß die Feststellung bestimmter Fehlentwicklungen grundsätzlich nicht zu einer Wiederherstellung des status quo ex ante führen wird[1], muß um so mehr Wert darauf gelegt werden, den mißbilligenswerten Lebenssachverhalten möglichst früh und energisch entgegenzutreten.

Anderenfalls läuft das bejahte Ordnungsgefüge einer Wettbewerbswirtschaft nicht nur Gefahr, an seinen immanenten Selbstbeschränkungseffekten zu erstarren, die nicht effektiv eliminiert werden können, sondern zusätzlich und in beschleunigtem Tempo an falscher Duldsamkeit gegenüber Tatbeständen, die nicht notwendigerweise wettbewerbsimmanent und deshalb grundsätzlich zu mißbilligen sind. Die vielbeklagte Durchbrechung des § 1 GWB ist in diesem Zusammenhang ein beweiskräftiges Faktum, und die aufgezeigte Geschichte der Fusionskontrolle spricht ebenfalls für sich.

"Wirtschaftliche Machtstellungen sind dazu angetan, eine 'Verfassungwirklichkeit' zu schaffen, die der geschriebenen Verfassung demokratischer Staaten zuwiderläuft und dahin ten-

---

1) Vgl. zum hier relevanten Problem der Entflechtung K. Duden, Entflechtung ..., a.a.O., S. 3 ff; J.H.v.Brunn, Gedanken ..., a.a.O., S. 151; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a.O., S. 3? ff, Nr. 17

diert, die Funktion der verfassungsmäßigen Organe zu beeinträchtigen. Indem der Wettbewerb wirtschaftlichen Machtstellungen entgegenwirkt, sie entweder gar nicht entstehen läßt oder schon bestehende durch immer wiederholte Angriffe schwächt, unter Umständen sogar auflöst, trägt er dazu bei, das gesellschaftliche und staatliche Leben vor eigennützigen Einflüssen unkontrollierter Macht zu schützen und das Walten der allein legitimen, demokratisch kontrollierten Macht zu sichern; damit sichert er zugleich den Rechtsstaat."[1)]

4. Folgerungen für die absoluten Kriterien der Fusionskontrolle

Aus dem vorangegangenen folgt, daß das GWB dynamische Marktprozesse im Sinne von Heuß duldet, wie es auch das auf erlaubter Überlegenheit beruhende interne Wachstum tolerieren muß[2)], das sich in Auseinandersetzung mit der prinzipiell fortbestehenden Konkurrenz in einem stetigen und langsamen Prozeß vollzieht. Ganz im Gegensatz zu diesem internen Wachstum stellt sich das externe als eine Absorption eines Teils der konkurrierenden Auseinandersetzung dar, wie es sich zugleich als unstetige und sprungweise Verschaffung von Überlegenheiten gegenüber den verbleibenden Konkurrenten offenbart.[3)] Diese sprunghafte Veränderung der Marktsituation läßt aber in besonderem Maße ein wettbewerbliches Gleichziehen der Konkurrenten unmöglich erscheinen oder vereitelt es tatsächlich. Es sind deshalb gewichtige Gründe dafür denkbar, solch externes Wachstum total zu verbieten, um die Erosion

---

1) Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 14 Nr. 17; vgl. auch F. Böhm, Freiheit und Ordnung ..., a.a.O., S. 20; E. Küng, Der ökonomische Aspekt des Kartellwesens, in: Die Frage einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, Zürich o.J., S. 7 ff, 14 ff; F.A.v.Hayek, Der Wettbewerb als ..., a.a.O., S. 12 ff; derselbe, Die Verfassung ..., a.a.O., S. 13 ff, 161 ff

2) a.A. H.B. Wirz, a.a.O., S. 253

3) W.F. Müller, Public Policy toward Vertical Mergers, in: Public Policy toward Mergers, Ed. J.F. Weston, S. Peltzman, Pacific Palisades, Calif. 1969, S. 161 ff, 165; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 64 m.w.N.

der Freiheitsspielräume auf die langsameren und stetigeren Prozesse internen Wachstums zu beschränken. Denn diese Prozesse lassen regelmäßig auch für die schwächeren Konkurrenten noch reale und psychologische Momente offen, den Vorsprung der schneller wachsenden Unternehmen aufzuholen.

Ein solcher totaler Verbotsansatz kollidiert aber damit, daß Freiheit prinzipiell nicht dadurch gesichert werden kann, daß man aus der Freiheit entstehende Maßnahmen allgemein verbietet, wie es beispielsweise bei der vollkommenen Konkurrenz der Fall war. Vielmehr wird sich jede zum Schutze der Freiheit getroffene Regelung auch daran messen lassen müssen, inwieweit sie sich aus der Perspektive der Paradoxie der Freiheit als notwendigerweise freiheitsbeschränkende Maßnahme verhältnismäßig erweist. Hier hat sich aber das GWB in Anlehnung an das Grundgesetz dazu bekannt, erst da freiheitsregulierend einzugreifen, wo Schwellenwerte der Beeinflussung der Freiheit anderer überschritten werden. Wir sind deshalb in Anbetracht dieser Konzeption der Meinung, daß auch die Möglichkeit externen Wachstums erst bei Erfüllung ähnlicher Grenzwerte regelungsrelevant sein kann[1], weil überdies in Fällen beispielsweise des Konkurses usw. die Fusion auch unter dem Gesichtspunkt der Freiheit eine durchaus angemessene Maßnahme sein wird.[2]

Diesen Überlegungen zum GWB entspricht aber weiter die schon aus dem GG abgeleitete Feststellung, daß absolute Kriterien der bestehenden Regelung mit der Konzeption des GWB ebenfalls nicht vereinbar sind. Sie gehen von unterschiedlichen Qualitäten der Freiheit aus, die es für diesen Wert innerhalb des GWB ebensowenig wie im Rahmen des GG geben kann. Die Freiheit der Marktteilnehmer hat als relative, auf den jeweiligen Markt bezogene Freiheit, stets die gleiche Wertigkeit und muß deshalb nach stets gleichen relativen Merkmalen geschützt werden. Gerade eine grundgesetzkonforme Auslegung

---

1) Vgl. Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 23 Nr. 41; I. Schmidt, Schwerpunkte ..., a.a.O., S. 25
2) ibid.

des GWB läßt willkürliche Abweichungen von diesem konzeptionskonformen Regelungsansatz nicht zu. Neben der schon entwickelten Vielzahl von Perspektiven steht demnach auch aus der Sicht des GWB fest, daß die Aufnahme absoluter Merkmale als Aufgreifkriterien gegenüber dem Wert der Freiheit und damit dem Schutzgut dieses Gesetzes zielinadäquat ist. Der Wettbewerb als "demokratischstes" Gestaltungsprinzip des Marktes ist im Hinblick auf seinen generellen Geltungsanspruch mit solchen Kriterien nicht entsprechend zu schützen.

VI. Die Problematik der relativen Kriterien des § 24 GWB

Vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten Vorstellungen von Freiheit und Wettbewerb im GWB bleibt im weiteren zu prüfen, inwieweit die relativen Eingreifkriterien der Fusionskontrolle, die soeben als prinzipiell richtiger Ansatz herausgestellt wurden, im konkreten Fall den an sie zu stellenden Anforderungen genügen können. Dabei sollen diese Anforderungen aus zwei miteinander verknüpften Überlegungen abgeleitet werden.

Der erste Beurteilungsansatz wird die Eingreifkriterien am Schutzgut zu messen haben, während der zweite Ansatz sich aus den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsätzen herleitet. Letztere sind aber erst dann sinnvoll anzuwenden, wenn hinreichende Klarheit über die Eignung der relativen Tatbestandsmerkmale von der Sache her gegeben ist, wenn also Erkenntnisse über ihre tatsächliche Eignung bestehen.

Mögen die absoluten Kriterien auch kein akzeptabler Ansatz sein, weil sie ihrem Charakter nach keinerlei unmittelbare Beziehung zum Schutzgut Freiheit, aber auch nicht zum Phänomen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung haben, so sind sie doch unstreitig praktikabel. Solange jedoch Kriterien vorrangig von struktur- und gesellschaftspolitischen Überlegungen gegenüber Machtgebilden intendiert sind, die mit den Worten Sweezys etwa dahingenend zu kennzeichnen sind: "Das Problem mit der Großindustrie im Kapitalismus ist nicht, daß

sie groß ist, sondern daß sie privat und sozial unverantwortlich ist."[1] - so lange sind relative Kriterien unverzichtbar, die allein dem Schutzgut Freiheit gerecht werden können.

Die im GWB anzutreffenden Merkmale der "wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs" (§ 6 Abs. 3 Nr. 2, ähnlich § 5b Abs. 1, § 18, Abs. 1 c) oder die Kriterien der Marktbeherrschung in §§ 22, 24 GWB sind solche relativen und sachgerechten Ansätze zum Schutze der Freiheit. Ihnen ist zu eigen, den Freiheitsschutz erst bei Erreichen bestimmter Signalwerte eintreten zu lassen, weil die erst dann zu untersagende Verhaltensweise als prinzipiell freiheitskonform und tolerabel gilt. Es liegt demnach im typischen Regelungssystem des GWB, wenn auch § 24 GWB als relative Eingriffsvoraussetzung zunächst verlangt, daß "durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird".

Auch die Literatur hat für die Fusionskontrolle entsprechende Merkmale wie "Marktbeherrschung"[2], "Marktmacht"[3], "Einschränkung des wesentlichen Wettbewerbs"[4], "Drohende"[5] bzw. "mehr oder minder starke Beeinträchtigung des Wettbewerbs"[6] sowie "Beseitigung der Voraussetzungen für einen wesentlichen Wettbewerb"[7] vorgeschlagen. Allerdings vermag selbst diese umfassende Befürwortung solcher Merkmale nicht über ihre innere Problematik hinwegtäuschen, die exemplarisch am Merkmal "Marktbeherrschung"[8] diskutiert werden soll.

---

1) P.M. Sweezy, a.a.O., S. 36
2) E. Hoppmann, Das GWB bleibt ..., a.a.O., S. 685
3) E. Günther, Interview mit "Christ und Welt", a.a.O., S. 18; derselbe, Zehn Jahre ..., a.a.O., S. 25 f
4) E. Günther, Interview ..., a.a.O., S. 18
5) ibid., S. 19; I. Schmidt, Reform ..., a.a.O., S. 454
6) W. Kartte, Ein neues ..., a.a.O., S. 76; J. Stahlmann, Sollte durch Fusionskontrolle der Wettbewerb intensiviert werden?, Volkswirt 1970, Nr. 5, S. 23
7) Jahreswirtschaftsbericht 1970, a.a.O., S. 23
8) vgl. auch J. Werner, Das Verhalten ..., a.a.O., S. 224 ff

1. Grundsätzliche Probleme relativer Eingriffsvoraussetzungen

Schon die Legaldefinition des § 22 GWB deutet die Schwierigkeiten an, die ein Nachweis relativer Merkmale mit sich bringt, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff "marktbeherrschend" lediglich durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben wird. Jeder Nachweis einer Marktbeherrschung hat zunächst den zu beherrschenden Markt abzugrenzen und sodann das Vorhandensein von Marktmacht zu prüfen, wenn man unter Beherrschung "die gesteigerte Fähigkeit von Unternehmern verstehen (will), die Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Dritten marktstrategisch zu variieren, ohne bei einer Verschlechterung der Geschäftsbedingungen für den Kunden den gesamten Absatz oder einen wesentlichen Teil des Absatzes zu verlieren."[1] Zur Feststellung dieser Marktmacht bedarf es aber der Bestimmung des Marktes. Gerade diese Marktabgrenzung ist immer wieder das zentrale Problem relativer Kriterien.

Rein volkswirtschaftlich betrachtet stehen sämtliche Güter und Dienstleistungen miteinander in Wettbewerb auf einem Markt.[2] Denn wenn man ein rationales Handeln der Wirtschaftssubjekte unterstellt, so werden sie sich als Nachfrager vor jedem Kauf überlegen müssen, welche Waren ihre Bedürfnisbefriedigung am besten gewährleisten. Entsprechend werden sie als Anbieter bestrebt sein, diese potentiellen Käufer vor allem zum Erwerb ihrer Ware zu bewegen. Deshalb bezeichnet Erich Schneider den Markt in diesem Sinne als "die Gesamtheit der ökonomischen Beziehungen ... zwischen einer Gruppe von Anbietern und Nachfragern".[3]

---

1) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 5o; vgl. auch K. Hansen, Ökonomische Theorie und wirtschaftliche Macht, WuW 197o, S. 655; O. Sandrock, Kritische Bemerkungen ..., a.a.O., S. 215 ff; H. Lenders, Wettbewerb und Unternehmerinitiative, marktwirtschaft 197o, Nr. 5, S. 14 ff, 15

2) vgl. E.H. Schwenk, Der Marktbegriff, WuW 1 6o, S. 3 ff, 4

3) E. Schneider, Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 7.A., Tübingen 1961, S. 77

Eine solche Definition ist aber offensichtlich zu weit, um mit ihr im konkreten Falle den Nachweis von Marktmacht führen zu können. Aus diesem Grunde sah sich die Praxis genötigt, einen wesentlich engeren Marktbegriff zu bilden, wobei in der Regel versucht wurde, den Markt nur für ein Gut zu definieren. Man versteht dann unter Markt zunächst "die Begegnung von Angebot und Nachfrage für eine bestimmte Ware oder Leistung"[1]; doch auch diese Definition ist noch ungenügend, weil sie Raum und Zeit für diese Begegnung außer acht läßt. Diese Merkmale bezog dann v. Stackelberg in seine Definition mit ein: "Unter einem Markt versteht man die gesamte Zusammenfassung aller Kauf- und Verkaufsakte eines bestimmten Gutes innerhalb eines bestimmten Gebietes und Zeitraumes."[2]

Doch auch mit einer solchen Definition ist nur anscheinend etwas gewonnen. Betrachtet man sie unter den Gesichtspunkten eines "workable" oder "effective competition"[3], wonach die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs selbst bei klassischen Wettbewerbsbeschränkungen als durch die Substitutionskonkurrenz gesichert angesehen wird[4], so ist anzuerkennen, daß ein Gut mehrere andere zu ersetzen vermag. Daraus folgt jedoch, daß etliche Güter gleichzeitig auf verschiedenen Märkten miteinander in Konkurrenz stehen.

a) Die Schwierigkeit der Marktabgrenzung

Wie ist aber nun die Gleichartigkeit der Güter zu bestimmen, wie ihre Konkurrenz auf einem Markt, und nach welchen Merkmalen soll schließlich dieser Markt gegenüber anderen abgegrenzt werden? Ein kurzer Überblick über die bekanntesten Ansätze zur sachlichen Marktabgrenzung mag die dabei auftretenden Probleme erneut in die Erinnerung rufen:

---

1) U. Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954, S. 26
2) H. v. Stackelberg, Grundlagen ..., a.a.O., S. 77
3) vgl. im einzelnen J.M. Clark, Toward ..., a.a.O., S. 241
4) derselbe, a.a.O., S. 247

aa) Das Kriterium der physischen Gleichheit

Nach diesem Kriterium grenzte Marshall den Markt ab. Seiner Ansicht nach konkurrieren all die Unternehmen auf dem gleichen Markt, die physisch gleiche Güter produzieren.[1] Selbst wenn man von dem Problem absieht, das in der Definition der physischen Gleichartigkeit liegt, bleibt das weitere Problem bestehen, das in der ökonomisch relevanten Tatsache liegt, wonach der Preisbildungsprozeß auf einem Markt weit mehr von der wirtschaftlichen als der technischen Beschaffenheit eines Gutes abhängt.[2]

ab) Das Kriterium der Wirtschaftszweige (industries)

Aufgrund dieses Merkmals würden die Güter eines Produktionszweiges oder einer Wirtschaftsgruppe von denjenigen Gütern abzugrenzen sein, die einer anderen industry angehören.[3] Wenn hiernach auch eine leichte Abgrenzbarkeit gewährleistet wäre, so wäre doch das eigentliche Ziel der Verdeutlichung von Konkurrenzbeziehungen nicht erreicht. Zwar gehören PKWs und LKWs zu einer Industrie, kaum aber als Substitute zu einem Markt. Auch eine Verselbständigung der PKW-Produktion zu einer eigenen "industry" ließe die ökonomisch wichtigen Unterschiede zwischen Klein-, Mittel- und Luxuswagen konkurrenzmäßig nicht zutage treten. Dieses Kriterium zöge folglich eine umfangreiche Kasuistik nach sich, in deren Rahmen es vermutlich über zufällig richtige Ergebnisse nicht hinauskäme.[4]

ac) Das Kriterium der Substitutionslücke

Wie schon erwähnt besteht zwischen vielen Gütern eine Substitutionsmöglichkeit, die es zumindest theoretisch er-

---

1) A. Marshall, Principle of Economics, An Introductory Volume, 8th Edition, New York 1949; R.J. Willeke, Art. "Marktformen", in: HdSW, Bd 7, a.a.O., S. 136 ff, 141
2) vgl. I. Schmidt, Relevanter Markt ..., a.a.O., S. 454
3) vgl. L. Abbott, Qualität und Wettbewerb, Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie, München-Berlin 1958, S. 94
4) vgl. R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 20 ; D. Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb, Eine Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Beiträge zur Verhaltensforschung, Köln-Berlin 1961, S. 17

laubt, "eine zusammenhängende Kette von Substitutionsprodukten" zu bilden.[1] Das Kriterium geht nun davon aus, daß bei Gleichartigkeit der Güter das Substitutionsverhältnis besonders eng ist. Untersucht man nun eine "Kette" solcher Substitutionsbeziehungen, so wird sie zwischen Gütern geringerer Substituierbarkeit Lücken, sogenannte "market gaps"[2], aufweisen, die es erlauben, Gruppen gleichartiger Güter von anderen Gruppen zu trennen, wobei die einzelnen Gruppen nach J. Robinson "industry"[3] genannt und als Märkte angesehen werden.

Damit werden zwar gewisse Interdependenzen transparent gemacht, jedoch wird nicht zugleich auch der Punkt überzeugend bestimmt, an dem eine Marktgrenze behauptet wird. Das Kriterium kommt deshalb über die Willkür einer subjektiven Entscheidung nicht hinaus.

ad) Das Kriterium der Kreuzpreiselastizität

Die Zugehörigkeit eines Gutes zu einem bestimmten Markt kann nach diesem Merkmal von der Konkurrenzbeziehung der in Frage kommenden Produkte[4] abhängig gemacht werden. Dieses Kriterium will vor allem die allgemeine Interdependenz der Güter berücksichtigen, die mit Hilfe der Kreuzpreiselastizität ausgedrückt werden soll. Darunter versteht man "das Verhältnis zwischen der relativen Änderung der mengenmäßigen Nachfrage nach einem Gut und der sie bewirkenden relativen Änderung des Preises eines anderen in den Begehrskreis des Haushaltes fallenden Gutes".[5]

Bei diesem Kriterium dürfen aber vor allem zwei Probleme nicht übersehen werden: Zunächst ist es auf eine recht umfassende ceteris paribus-Klausel angewiesen, wenn es überhaupt einen Aussagewert beanspruchen will. So müssen insbesondere

---

1) U. Meyer-Cording, a.a.O., S. 3o
2) J. Robinson, The Economics of Imperfect Competition, 9th Edition, London 195o, S. 17
3) ibid.
4) D. Krusche, Marktverhalten ..., a.a.O., S. 17
5) E. Schneider, Einführung ..., a.a.O., S. 31

Einkommen, Präferenzen und Preise der anderen Güter konstant sein. Es darf auch nur eine Preis-Mengenänderung gemessen werden, so daß alle Einflüsse des Nicht-Preis-Wettbewerbs zu eliminieren wären. Schließlich kann eine solche Kreuzpreiselastizität immer nur für zwei Produkte bestimmt werden, weswegen in der Regel sehr viele dieser Werte zu ermitteln sind, um die Abgrenzung des Marktes vornehmen zu können. Gleichwohl ist dieses Kriterium nicht in der Lage, das Hauptproblem zu lösen, das in der vorrangigen Frage besteht, hinsichtlich welcher Güter die Beziehungen überhaupt zu überprüfen sind. Hinzu kommt, daß atypische Verhaltensweisen von dieser Untersuchung nicht erfaßt werden können.[1] Wird mit Hilfe dieses Kriteriums schließlich ein exakter Zahlenwert ermittelt, so ist er zunächst ohne Bedeutung, denn erst die subjektive Gewichtung bestimmt die "Schwelle" der Kreuzpreiselastizität und damit auch die des Marktes.[2] Wie subjektiv dabei die Ergebnisse ausfallen, zeigt beispielhaft der Umstand, daß von verschiedenen Richtern des gleichen Gerichts zwei gegensätzliche Definitionen "des Gutes" auf der Basis der Kreuzpreiselastizität erarbeitet wurden.[3]

ae) Das Kriterium des Bedarfsmarktes

Aus dem "industry"-Gesichtspunkt von J. Robinson wurde das Einteilungskriterium des Bedarfsmarktes entwickelt. Danach gehören alle Güter zu einem Markt, die "der Deckung eines bestimmten 'gesellschaftlichen Bedarfs'"[4], oder die den gleichen "Grundbedürfnissen"[5] dienen. Solche Grundbedürf-

---

1) Vgl. I. Schmidt, Relevanter Markt ..., a.a.O., S. 456
2) vgl. D. Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb, a.a.O., S. 18; R. Lukes, Zum Verständnis ..., a.a.O., S. 21o; N. Kaldor, Market Imperfection Excess Capacity, in: Readings in Price Theory, Select. Committee: G.J. Stigler, K.E. Boulding, London 1953, S. 384 ff; A.E. Ott, Marktform und Verhaltensweise, Stuttgart 1959, S. 34 ff
3) vgl. United States v. E.I. Dupont de Nemours, in: United States Reports: Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Bd 351, 1956 = 351 U.S. 377 (1956), S. 377
4) H. Arndt, Anpassung und Gleichgewicht am Markt, JB f. Nat. u. Stat. 1958, Bd 17o, S. 224
5) L. Abbott, a.a.O., S. 224

nisse können wiederum durch eine Gruppe heterogener Produkte befriedigt werden, und der hiernach abgegrenzte Markt weist die folgenden Punkte auf:
Auf ihm werden heterogene Güter mit unterschiedlichen Preisen angeboten und nachgefragt. Jeder dieser Märkte erfüllt eine bestimmte gesellschaftliche Funktion, und diese Märkte sind Teilmärkte in der Volkswirtschaft.[1] Die Marktabgrenzung wird in diesem Konzept nach der Funktion bzw. dem Nutzen eines Gutes vorgenommen. Es werden demnach nur solche Güter in einem Markt zusammengefaßt, die den gleichen Nutzen stiften können, weil nur sie funktional austauschbar sind und in der Vorstellung der Nachfrager der gleichen Bedürfnisbefriedigung dienen.[2]

So hat auch das Kammergericht die Gleichartigkeit im Sinne des § 16 GWB ähnlich definiert: "Man wird ein Gut dann als gleichartig ansehen müssen, das nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, ein anderes Erzeugnis ohne weiteres zu ersetzen. Das ist der Fall, wenn die zu vergleichenden Erzeugnisse nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage sich so nahestehen, daß der verständige Verbraucher sie ohne viel Überlegung als gegeneinander austauschbar ansieht (Baumb.-Heferm. § 16, Anm. 25)."[3] Damit wird aber zugleich eingeräumt, daß eine derartige Abgrenzung des Marktes im wesentlichen durch eine ständig variierende subjektive Einstellung der Nachfrager getragen wird.

Schmidt[4], der aufgrund weiterer Literaturnachweise der Meinung ist, daß sich der Bedarfsmarkt im deutschen Kartellrecht wegen seiner "leichten Anwendbarkeit" durchgesetzt habe, versucht diese Ungenauigkeit durch kumulative Verwendung mehrerer Testmethoden zu vermindern, und er fordert die Ermittlung der funktionalen Austauschbarkeit, bei der als Hilfsmittel repräsentative Verbrauchertests herangezogen werden

---

1) Vgl. H. Arndt, Anpassung ..., a.a.O., S. 224 f
2) I. Schmidt, Relevanter Markt ..., a.a.O., S. 458
3) WuW/E OLG 463
4) I. Schmidt, Relevanter Markt ..., a.a.O., S. 458 ff

können. Außerdem müßte die Substituierbarkeit auch transitiv sein.[1] Eine derartige Annahme setzt aber voraus, daß solche Güter gleiche Bedürfnisse befriedigen, was wiederum mit der Kreuzpreiselastizität und einer Untersuchung der unternehmerischen Geschäftspolitik über mehrere Jahre hinweg festgestellt werden könnte. Trotz einer solchen kumulativen Verwendung verschiedener Gesichtspunkte muß Schmidt aber zugeben, daß zwar der Fehlerbereich verringert, gleichwohl aber noch ein Unschärfebereich als Beurteilungsspielraum für die zuständigen Verwaltungsbehörden und Gerichte verbleiben wird. Bemerkenswert ist, daß Schmidt als Testmethode für den Bedarfsmarkt ein Konzept verwendet, das für sich selbst in der theoretischen Erörterung einen Ansatz für die Marktabgrenzung darstellt und deshalb hier als weiteres Kriterium skizziert werden soll:

af) Das Kriterium des "relevanten Marktes"[2]

Dieses Konzept vermeidet, von irgendeiner abstrakten Marktvorstellung auszugehen und stellt als Ansatzpunkt den Unternehmer in den Vordergrund, von dem aus sich der relevante Markt als die Summe all der Kunden erfassen läßt, mit denen das Unternehmen in Geschäftsbeziehungen steht, oder mit denen es in solche zu treten wünscht. Auch hier wird jedoch als Korrekturfaktor die Nachfrageseite eingebaut, indem zwei Unternehmen am gleichen Markt dann als Wettbewerber anzusehen sind, wenn die Kunden am gleichen Ort und zur gleichen Zeit die gebotenen Geschäftsbeziehungen als Alternative betrachten.[3]

Diese Auffassung zeigt wie die schon vorangegangenen, daß es eine schematische und letztlich exakte Methode nicht gibt, um den Markt in sachlicher Hinsicht zu bestimmen. Andererseits erscheint es aber fraglich, ob einer solchen schematischen Methode nachgespürt werden sollte, die es kaum geben kann, wenn man Wettbewerb als eine dynamische Verhaltens-

---

1) Vgl. dazu F. Rikmann, Der Monopolgewinn, Zürich 1962, S. 53 f
2) vgl. D. Krusche, Marktverhalten ..., a.a.O., S. 2o
3) vgl. K. Borchardt, W. Fikentscher, a.a.O., S. 61

weise und den Markt als den realen Kristallisationspunkt der Summe dieser Verhaltensweisen ansieht. Es ist deshalb angebracht, das menschliche Verhalten, das Grundlage des Wirtschaftens, Konkurrierens und ähnlicher ökonomischer Erscheinungsformen ist, folgerichtig auch zum Anknüpfungspunkt für die Erarbeitung von Methoden zu machen, die uns helfen, die Summe dieser Erscheinungsformen wie z.B. den Markt zu konkretisieren und zwar in dem Bewußtsein, daß erhebliche Ungewißheitsbereiche kaum auszuschließen sind.

ag) Die wettbewerbsbedingte Methode

Auf dieser Basis steht auch die "wettbewerbsbedingte Methode"[1] von Beckmann, die aus der betriebswirtschaftlichen Sicht des Unternehmens bzw. einer Unternehmensgruppe zu führen ist, deren Verhalten Anlaß zur Abgrenzung gibt. Dieses Verhalten kann zunächst insoweit Anhaltspunkt für die Marktgrenze sein, als es den Markt aufteilt.

In einem zweiten Schritt versucht diese Methode, die einzelnen Wettbewerber zu erfassen, wobei die individuelle Abhängigkeitslage des Betroffenen oder die Marktstellung des Unternehmens für die gesetzliche Beurteilung wesentlich sein können. Dieser Ansatz zur Abgrenzung wird sodann vertieft und verfeinert durch die Beiziehung einer Produktanalyse und Verwendungsforschung, deren Ergebnisse hilfsweise durch eine Untersuchung der Nachfrage- und Absatzwege zu erhärten sind.[2]

Wenn auch der Ansatzpunkt dieser Methode sachgerecht ist, so wird sie doch kaum einer praktikablen Anwendung zugänglich sein, und auch die Sicherheit ihrer Ergebnisse ist schon dadurch in Frage gestellt, daß die beigezogenen "Hilfswissenschaften" Produktanalyse und Verwendungsforschung in sich noch keineswegs gesicherte Erkenntnisobjekte mit eindeutigem Aussagegehalt sind.

---

1) P. Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Münster 1966, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd 6, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, S. 1o9 ff

2) ibid., S. 168

Dieser kurze Überblick zeigt deshalb, daß die Feststellung der sachlichen Marktgrenzen ein exakt nicht zu lösendes Problem ist. Außerdem besteht noch das Erfordernis, den Markt auch räumlich abzugrenzen, das zwar weit weniger problematisch ist, in den Fällen nicht quantifizierbarer Verbringungskosten das Ungenauigkeitsmoment der Untersuchung aber doch stark erhöhen kann.[1] Hingegen gilt die zeitliche Marktbestimmung in aller Regel als unproblematisch.[2]

Deshalb kommt auch Mason zu der Feststellung, daß der Fortschritt der Antitrust-Politik von der Verbesserung ökonomischer Methoden der Analyse wie auch der Darbietung ökonomischer Aussagen abhängt.[3]

b) Probleme der Bestimmung der Marktmacht

Doch auch die einigermaßen sachgerechte Abgrenzung des Marktes ist ohne unmittelbare Aussagekraft für die Frage nach der Marktbeherrschung. Letztere setzt, abgesehen von der subjektiven Tatbestandsseite, Marktmacht voraus. Dabei liegt das Wesen der Macht in der Fähigkeit, auf die Willensbildung anderer Subjekte so einzuwirken, daß sie ihr Verhalten dem Willen des Machtausübenden mehr oder minder unterordnen.[4] Wirtschaftliche Macht kann demnach in der Fähigkeit gesehen werden, mit wirtschaftlichen Mitteln zu versuchen, andere Wirtschaftssubjekte zur Befolgung des eigenen Willens zu veranlassen.[5] Eine spezifische Ausprägung findet diese wirtschaftliche Macht schließlich in der Marktmacht als der Fähigkeit, anderen aufgrund einer Vorzugsstellung am Markt bei einem be-

---

1) Vgl. D. Krusche, a.a.O., S. 22
2) vgl. D. Krusche, Marktverhalten ..., a.a.O., S. 22; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22, Rdnr. 31 m.w.N.
3) vgl. die Einführung v. E.S. Mason zu C. Kaysen u. D.F. Turner, Antitrust Policy ..., a.a.O.
4) R. Dolberg, Theorie der Macht, Die Macht als soziale Grundtatsache und als Elementarbegriff der Wirtschaftswissenschaften, Wien 1934, S. 13o
5) vgl. H.J. Seraphim, Theorie der allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, in: Grundriß der Sozialwissenschaften, Bd 5, 2. verb. u. erw. A., Göttingen 1963, S. 78

stimmten Tauschakt den eigenen Willen mehr oder weniger aufzwingen zu können.[1)]

Arbeitet diese Definitionskette das Sachproblem heraus, so bleibt doch die eigentliche Schwierigkeit in der Ermittlung der Kriterien, die Marktmacht anzeigen sollen und in der Frage, wie man sie messen kann. Sind die im einzelnen vorgeschlagenen Input- und Outputgrößen überhaupt geeignet, inwieweit sind sie vergleichbar und unter welchem Meßansatz - relativ, absolut, horizontal oder vertikal - ist vorzugehen? Die Problematik ist hier mindestens so umfangreich wie bei der Marktabgrenzung, wobei die Genauigkeit der Ergebnisse nicht augenscheinlich größer wird. Im Hinblick auf das angestrebte Untersuchungsziel mag diese Feststellung genügen, so daß sich eine detailliertere Untersuchung dieser zusätzlichen Problematik bei der Messung von Marktmacht erübrigt.[2)]

Neben diesen Gesichtspunkten ist in der Diskussion und besonders in der amerikanischen Rechtsprechung der Marktanteil als spezifisches Zeichen für Marktmacht angesehen worden.[3)] Mag auch im jeweiligen Marktanteil eines Unternehmens ein Indiz für entsprechende Marktmacht zu sehen sein, so muß doch aus folgenden Gründen vor einer Überbewertung dieses Kriteriums gewarnt werden. Die Unternehmensstärke hinsichtlich des relevanten Marktes stimmt mit der gesamtwirtschaftlichen Stellung des Unternehmens oder seiner Größe bezogen auf Teilbereiche der Gesamtwirtschaft zumeist nicht überein. Da es sich in aller Regel auch um Mehrproduktunternehmen handeln wird, ist es leicht möglich, daß ein gesamtwirtschaftlich großes Unternehmen, das in etlichen Wirtschaftsbereichen auftritt, im Besitz einer Macht ist, die durch eine marktbezogene Betrachtungsweise nicht hinreichend zum Ausdruck kommt.

---

1) Vgl. H.J. Seraphim, Theorie ..., a.a.O., S. 78; ferner R.C. Bernhard, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 62 ff

2) vgl. zu diesem Problemkreis M.A. Adelman, Concept and Statistical Measurement ..., a.a.O., S. 281 ff; H. Seibt, Messung der Konzentration, Wirtschaftsdienst 1969, S. 408 ff; K.-O. Körber, Konzentrationsbegriffe in der politischen Diskussion, WuW 1964, S. 822 ff

3) M.A. Adelman, The Measurement of Industrial Concentration, The Review of Economics and Statistics 1951, Vol. 33, S. 269 ff, 271

Andererseits bereitet es der Praxis auch erhebliche, wenn nicht unlösbare Schwierigkeiten, ein Mehrproduktunternehmen im Hinblick auf die interessierenden Größen exakt in die untersuchungsrelevante und nicht relevante Produktion aufzuspalten. Außerdem tritt die Tatsache hinzu, daß der Indikator Marktanteil zwar verhältnismäßig leistungsfähig gegenüber horizontalen Konzentrationsvorgängen ist, nicht aber in Fällen vertikaler oder gar konglomeraler Fusionen. In den letztgenannten Fällen ist eine Steigerung der Marktmacht beispielsweise aufgrund wachsender Unabhängigkeit denkbar, ohne daß sich der Marktanteil vergrößert haben müßte.[1)]

2. Die relativen Eingreifkriterien des Tatbestandes - Freiheitsschutz und Sachgerechtigkeit

a) Die Erwartung, "daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird"

Wenn wir vor dem soeben herausgearbeiteten Hintergrund relativer Kriterien auch den Tatbestand des § 24 GWB betrachten, so wird unschwer einleuchten, daß bereits die Formulierung "Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird," wenig Hoffnung auf eine im jeweiligen Einzelfall präzise und gerechte Judikatur bietet.[2)] Auch die Legaldefinition der Marktbeherrschung durch § 22 GWB bringt keine Erleichterung, weil auch sie sich notwendigerweise wieder relativer Merkmale wie "ohne Wettbewerber", "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt", "überragende Marktstellung" usw. bedienen muß. All diese Formulierungen sind ebenfalls von der Abgrenzung des Marktes abhängig und beinhalten die dazu aufgezeigte Problematik.

---

1) J.H. Müller, Konzentration ..., a.a.O., S. 13o; W. Schultes, Konzentration ..., a.a.O., S. 39 f; vgl. auch Teil IV d.A.

2) vgl. zum Problem R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 596 ff; J.W. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln - eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933, S. 4 ff; Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 86 ff m.w.N.

Lediglich die jetzige Marktbeherrschungsvermutung des Gesetzes bietet eine formalrechtliche Erleichterung für die mit diesen Problemen zunächst befaßte Kartellbehörde. Damit sind jedoch die materiellen Probleme keineswegs zufriedenstellend gelöst. Allerdings erhebt sich die Frage, ob diese letztlich allen unbestimmten Rechtsbegriffen innewohnende Schwierigkeit in Anbetracht dynamischer Marktprozesse und eines nur negativ sinnvoll einzugrenzenden Schutzgutes Freiheit qualitativ besser zu lösen ist. Stellt man sich aber auf den Standpunkt, daß generelle Regelungsansätze gegenüber dynamischen und unbekannten Prozessen gerade bei Verfolgung materieller Gerechtigkeit stets unscharf sein werden, so ist es in besonderem Maße notwendig, Vertrauen in die Erfahrungsprozesse haben zu können, die sich aus dem Verhältnis des Regelungsansatzes zur tatsächlichen Entwicklung ergeben. Solche Erfahrungsprozesse werden in unserer Rechtsordnung besonders von der Rechtsprechung dahingehend genutzt, durch fortschreitende und klarstellende Judikatur die Praktikabilität solcher Tatbestandsmerkmale zu erhöhen. Ein bekanntes, aber keineswegs alleinstehendes Schulbeispiel ist dafür die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes zu § 14 PVG.[1] Dies setzt jedoch voraus, daß ein solcher Prozeß nicht nur formell, sondern auch materiell vom zu regelnden Sachgegenstand her möglich und zu erwarten ist. Denn nur so lange besteht Hoffnung auf einen nach und nach effektiver werdenden Schutz, der im konkreten Falle die wirtschaftliche Freiheit am Markt betrifft. Wenn wir aus dieser Perspektive das relative Kriterium des Entstehens oder Verstärkens einer marktbeherrschenden Stellung bewerten, so liegt es nach den bisherigen Ausführungen zu den relativen Kriterien der bisher üblichen Art noch innerhalb eines Ansatzes, der den genannten klarstellenden Prozessen der Judikatur zugänglich ist.

---

1) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 9o

b) Zur Möglichkeit des Nachweises, daß die Vorteile eines Zusammenschlusses dessen Nachteile überwiegen

Die im genannten Sinne in den Entwürfen noch begründbare Hoffnung auf eine im Zeitablauf immer praktikabler werdende Bestimmung muß jedoch nach dem jetzigen § 24 GWB begraben werden. Offensichtlich Effizienzzielen nacheilend, sicherlich aber auch dem Druck der Industrie nicht gewachsen, hat der Gesetzgeber ein weiteres relatives, für diese Kreise günstiges Merkmal zur Eingriffsvoraussetzung gemacht. Selbst wenn also trotz der bekannten Schwierigkeiten dem Kartellamt der ideale Nachweis einer Marktbeherrschung durch eine Fusion gelänge, so könnte die Behörde doch nur dann eingreifen, wenn den beteiligten Unternehmen der Nachweis nicht möglich wäre, "daß durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen." Was bedeutet nun dieser Vergleich zweier weiterer unbestimmter Rechtsbegriffe für das Schutzgut Freiheit?

In Anwendung unserer bisherigen Überlegungen muß zunächst für das Verhältnis Freiheit-Effizienz erneut festgestellt werden, daß diese Ausgestaltung des Gesetzes von seiner Wertkategorie her schlechthin grundgesetzinkonform ist. Immerhin ist eine feststellbare Marktbeherrschung der Grad von "Marktdiktatur", der mit der Freiheit als einem Grundwert unserer gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung nicht vereinbar ist. Die Entstehung dieser auch ansonsten bekämpften Marktbeherrschung nur deshalb via Fusionen zuzulassen, weil "Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen" als allenfalls hypothetische Gegenwerte eintreten, ist schon vom Prinzip her ein nach unseren Ausführungen unzulässiger Ansatz.[1)]

Von diesen prinzipiellen Einwänden abgesehen ist es von besonderer Bedeutung, daß dieser Ansatz keinerlei Möglichkeiten beinhaltet, durch eine Judikatur auch nur in einem minimalen Sinne praktikabel entwickelt und konkretisiert zu wer-

---

1) Vgl. auch R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 599 f

den. Hier zeigt sich vielmehr die große Einbruchstelle für interessenorientierte Einflüsse im Rahmen der zukünftigen Auslegung und damit die schon eingangs aufgestellte These, daß eine Regelung der Fusionskontrolle nicht nur wegen der zu hohen Aufgreifkriterien, sondern auch wegen unscharfer Regelungsansätze untauglich sein kann. Gleichzeitig offenbart sich hier in einem praktischen Fall die bisher theoretisch erörterte Problematik, wonach ein Gesetzgeber zu regelnde Lebenssachverhalte nur dann sinnvoll erfassen kann, wenn er sich mit ihren Eigenarten vertraut gemacht hat. Diese Schwierigkeiten des konkreten Ansatzes werden, wie sich im nachfolgenden zeigen wird, auch nicht dadurch ausgeräumt, daß die Unternehmungen den "Beweis" für theoretisch schon nicht beweisbare Tatsachen zu erbringen haben.

Was sind "Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen" und "Nachteile der Marktbeherrschung", wenn wir die Zeit als iterativen und den Markt als dynamischen Prozeß zugrunde legen? Es genügte schon, die vielen hundert Wettbewerbsbedingungen aufzuzählen, die in der Theorie und Praxis eine Rolle spielen. Ihre Summe alleine reichte aus, die Unpraktikabilität dieses Ansatzes nachzuweisen. Um so potenzierter offenbart sich dieses Problem dann, wenn wir außerdem anerkennen, daß nicht die Zahl, sondern das Zusammenspiel dieser einzelnen Bedingungen erst "Verbesserungen" bewirken und ausmachen kann. Gerade hier liegt aber ein - von den unlösbaren Schwierigkeiten des Nachweises abgesehen - nicht lösbares Bewertungsproblem, das ebenso auf eine spekulative Zukunftsschau angewiesen ist wie die Begründung der "Nachteile" der Marktbeherrschung. Allein der Versuch eines solchen Abwägen-Wollens wird an dem Phänomen Wettbewerb als einer Abfolge genutzter individueller Marktfreiheiten scheitern müssen. Denn seinem Wesen nach ist Wettbewerb ein Entwicklungsprozeß mit grundsätzlich unvorhersehbaren Folgen; v. Hayek bezeichnet ihn zutreffend als "Entdeckungsverfahren"[1] und Heuß kennzeichnet ihn aus der Perspektive von "Freiheit und Ungewißheit".[2]

---

1) F.A.v.Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, a.a.O.
2) E. Heuß, Freiheit und Ungewißheit, a.a.O.; ähnlich E. Wille, Freiheit und Information, ORDO 1971, Bd XXII, S. 159 ff

Der einzelne Wettbewerber und somit die im Sinne des Gesetzes an diesem Prozeß beteiligten Unternehmen sind also selber nicht in der Lage, ihre jeweils individuelle Einschätzung des Marktes als repräsentativ und näherungsweise zutreffend an Dritte oder eine Behörde zu vermitteln. Gerade nach der Intention des Gesetzgebers zu § 24 GWB geht es nicht um einen statischen Nachweis, sondern um die dynamische und zukunftsorientierte Feststellung, daß die Markteffizienz durch einen Zusammenschluß gesteigert worden ist. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen liegen also immer nur dann vor, wenn die nunmehr zu erwartenden Marktprozesse trotz Berücksichtigung der Nachteile der Marktbeherrschung ergiebiger sein werden als die bisherigen Prozesse.

Diese Ergiebigkeit ist aber von der Sache her ex ante gar nicht nachzuweisen, weil auch die Beteiligten erst im Prozeßablauf über die Impulse des Marktes tatsächlich erkennen werden, in welcher Art, Menge und Dringlichkeit Leistungen und Güter benötigt werden und sich im Hinblick auf die Angebotsseite, die Marktdynamik und Effizienz entwickeln wird. Erst aus den zunächst unbekannten Kenntnissen und Fähigkeiten der einzelnen erwächst in der Kombination mit den Impulsen des anonymen Marktes jener interdependente Prozeß, der die Beteiligten zu unerwarteten Leistungen und Kombinationen inspiriert. Auf diese Art entsteht die in immer wieder neuer Konstellation spontan gebildete Ordnung des Marktes, die durch "eine Art unpersönlichen Zwanges"[1] die Beteiligten veranlaßt, "ihr Verhalten in einer Weise zu ändern, die durch keinerlei Anweisungen oder Befehle erreicht werden könnte."[2]

Demzufolge wird aber die Leistung des Wettbewerbs, auf die gerade die gesetzgeberische Intention in diesem Zusammenhang abstellt, in all den Fällen nicht voraussehbar sein, in denen sie als Resultat dieses Wettbewerbs erwartet wird.[3]

---

1) F.A.v.Hayek, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 15; ähnlich E. Hoppmann, "Neue ..., a.a.O., S. 41o
2) ibid.
3) E. Hoppmann, "Neue ..., a.a.O., S. 41o; vgl. auch E. Görges, Offene Fragen der Kartellgesetznovelle, marktwirtschaft 197o, Nr. 8, S. 9 ff, 1o; K.R. Popper, Logik der Forschung, 2.A., Tübingen 1966, S. 16

"Wo wir .. die Tatsachen, die wir mit Hilfe des Wettbewerbs entdecken wollen, nicht schon vorher kennen, können wir auch nicht feststellen, wie wirksam Wettbewerb zur Entdeckung aller relevanten Umstände führt, die hätten entdeckt werden können."[1] Andererseits würde die vorhandene Kenntnis um diese Tatsachen den Wettbewerb überflüssig machen, zur Marktsteuerung genügte der zentrale Plan.

Niemand ist also in der Lage, die Wirkungen eines Wettbewerbsprozesses auch nur in den Fällen mit hinreichender Sicherheit vorauszusagen, in denen die Beurteilung von feststehenden Randbedingungen ausgehen kann. Ebensowenig kann dann aber vorausgesagt werden, daß die durch einen Zusammenschluß immer mannigfach veränderten und in dieser Veränderung keineswegs immer bekannten Bedingungen nun Grundlage für nicht nur andere, sondern bessere Wettbewerbsprozesse mit besseren Ergebnissen sein werden. Ebensowenig wird es dann möglich sein, quantifizierbare Wettbewerbseinbußen aus der nunmehr eingetretenen Marktbeherrschung nachzuweisen. Im Ergebnis fehlt es deshalb sowohl an einer auch nur annähernd sicheren Quantifizierbarkeit der Vorteile als auch der Nachteile einer auf den Markt derartig komplex einwirkenden Veränderung, wie sie eine Fusion darstellt. Der vom Gesetzgeber unterstellte Saldo zwischen Vor- und Nachteilen als Kriterium der Regelung ist deshalb schon von der Sache her nicht zu bilden.[2]

Insoweit muß deshalb auch Hoppmann und den Verfassern des Gemeinschaftsbeitrages widersprochen werden, die sich ohne Nachweis, daß dieses Problem überhaupt lösbar sei, auf die ökonomische Ebene der Vor- und Nachteilssaldierung begeben haben.[3] Ein Problem aber, das wie dieses von der Sache her, also materiell, einer Lösung nicht zugänglich ist, das

---

1) E. Heuß, Freiheit ..., a.a.O., S. 54; E. Hoppmann, "Neue ..., a.a.O., S. 41o; F.A.v.Hayek, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 4

2) vgl. die Zusammenstellung weiterer Abwägungsgesichtspunkte bei W. Kartte, Ein neues ..., a.a.O., S. 76, Anm. 187

3) vgl. Gemeinschaftsbeitrag, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 22; E. Hoppmann, Das GWB bleibt ..., a.a.O., S. 685

kann auch durch eine noch so lang andauernde Rechtsprechung nicht gelöst werden. Mag die Rechtsprechung auch zunehmende Einzelfallerkenntnisse für vergangene Vorgänge gewinnen, so sind diese nachträglich erlangten Erfahrungen niemals ausreichend, um auch ex ante einen dynamischen und damit immer wieder andersartigen Prozeß beurteilen zu können. Konnte noch der Nachweis der Marktbeherrschung der Kartellamtspraxis und Rechtsprechung mit einiger Berechtigung zur Konkretisierung anheim gegeben werden, so muß für die ebenfalls von diesen Gremien vorzunehmende Beurteilung des Wirkungssaldos einer Fusion jede materielle Grundlage verneint werden. Denn Phänomene, die sich ihrer Wesenheit nach der gesicherten Voraussage entziehen, sind auch für Behörden und Gericht nicht praktikabel und judikabel.

Nun sind gegen diese Argumentation vor allem zwei Einwände denkbar. Der erste könnte etwa lauten, daß für die stets im Rahmen des Tatbestandes zu beurteilenden Fälle der Marktbeherrschung hinsichtlich der Wettbewerbsprozesse weit mehr Rechenhaftigkeit gegeben wäre als etwa für polypolistische Konkurrenzbeziehungen. Mit dieser Behauptung könnte eine größere Sachgerechtigkeit des gesetzgeberischen Ansatzes begründet werden. Der zweite Einwand könnte zwar zu der auch hier getroffenen Feststellung der mangelnden Operationalität gelangen, gleichzeitig aber darauf hinweisen, daß die Unternehmer diesen Nachweis zu führen hätten, so daß die Unmöglichkeit dieses Nachweises in der Praxis nur zu einer schärferen Anwendung des § 24 GWB führen müßte.

Zum ersten Einwand wäre zu sagen, daß selbst in Fällen bestehender Marktbeherrschung eindeutige und konkrete Beziehungen zwischen Struktur, Verhalten und Ergebnis weder theoretisch noch praktisch bestehen. Zudem müßte sich dieser Einwand in Fortführung unserer bisherigen Überlegungen besonders mit dem Zeitproblem auseinandersetzen. Wenn auch eine kurzfristige Aussage über Vor- und Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung im Falle der Marktbeherrschung noch möglich sein mag, so kann es darauf doch nicht ankommen. In allen zu beurteilenden Fällen steht im Grunde die Bestandskraft des markt-

wirtschaftlichen Ordnungsgefüges auf dem Prüfstand, so daß lediglich langfristige Aspekte der Vor- und Nachteile entscheidungsrelevant sein können. Langfristig sind aber nicht einmal Aussagen über eine Monopolstruktur möglich, da diese im Zeitablauf beispielsweise durch die Erfindung eines engen Substitutes eliminiert werden kann. Andererseits muß bei der notwendigen Ausdehnung des Zeithorizontes die konkrete Marktsituation auch in ihrer Interdependenz zu anderen Märkten gesehen werden. Ein für den ursprünglich betrachteten Markt möglicherweise per Saldo guter Zusammenschluß kann wegen der Marktinterdependenz auf vor- und nachgelagerten Märkten zu nicht überschaubaren Prozessen führen, die mit erheblichen Nachteilen verbunden sind. Auch hier würden die teilweise entgegenstehenden Erfahrungen, die selbst von der Bundesregierung mittlerweile gemacht worden sind, verkannt.[1)] In diesem Zusammenhang wiesen wir auch schon auf das Beispiel der japanischen Stahlindustrie hin, das im nachfolgenden Sinne durchaus signifikant ist. Auch dort wurde umfassender Konzentration das staatliche Placet erteilt, weil es aus der Weltkonjunktur heraus angebracht erschien. Der daraufhin völlig inflexible Sektor konnte aber bei nachlassender Nachfrage seine Schwierigkeiten anscheinend nicht ohne den Staat meistern. Dessen finanzielle Hilfestellung und rechtliches Entgegenkommen in Form von Kartellen usw. waren die Folgen. Dies zeigt augenfällig, daß sich der Staat durch die Zustimmung zu Vorhaben, die er von seiner Bewilligung abhängig machte, nicht nur zu einer zumindest moralischen Hilfs- und Einstandspflicht bekennt, sondern darüber hinaus mit Mitteln der Allgemeinheit die Folgen einer Konzentration finanziert, die diese Allgemeinheit ohnehin schon mit der zugelassenen Freiheitsbeschränkung bezahlt hat. Bei realistischer Schau der Dinge besteht deshalb keine Veranlassung, von der Meinung abzurücken, daß die gesetzlich vorgesehene Saldierung faktisch-sinnvoll nicht möglich ist.

---

1) Vgl. Anm. 2, S. 168 dieser Arbeit

Dies lenkt zu dem zweiten Einwand. Doch auch er kann keine Hoffnung in dem Sinne begründen, daß mangels Nachweisbarkeit eines Wirkungssaldos der Tatbestand in der Praxis nur auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung abstelle und deshalb praktikabel sei. Wenn der Gesetzgeber in Verkennung der Realität den Unternehmern eine Möglichkeit gegeben hat, einen bestimmten Nachweis zu führen, dann können sich dieser Möglichkeit weder die Kartellbehörde noch die Gerichte dadurch entziehen, daß sie sich auf ein Prinzip der Unmöglichkeit des Nachweises stützen. Dies käme nicht nur einer Rechtsverweigerung gleich, sondern würde die Großindustrie, um die es wegen der absoluten Aufgreifkriterien in diesem Prüfungsstadium nur noch geht, lediglich an die Öffentlichkeit treiben und so die Entscheidung im Einzelfall zu einem Politikum machen. In Anbetracht dieser Möglichkeiten haben sich die Entscheidungsinstanzen deshalb dem Nachweisversuch in jedem Falle ernsthaft zu stellen. In der Praxis wird er aber so aussehen, daß die beteiligten Unternehmen lediglich die Vorteile des Zusammenschlusses aufzeigen, weil es für den von ihnen zu erbringenden positiven Wirkungssaldo genügt, wenn sie einen Nachteil von null behaupten. Der Behörde oder den Spruchkörpern ist es dann überlassen, die Nachteile nachzuweisen. Damit verliert aber nicht nur der anscheinende "Vorteil" der formellen Beweislastverteilung seinen Wert, sondern der angeblich zu vermeidende Arbeitsanfall der Behörde wächst wegen der Unmöglichkeit dieses auch nur partiellen Nachweises ungemein an.

Das, was nun jede Seite schließlich für ihre Beweislast erbracht hat, ist aber aufgrund unserer vorangegangenen Feststellungen ohne zwingende Sachlogik, also grundsätzlich hypothetisch. Da auf jeder Seite die Hypothese auf Prämissen und Wertungen beruht, und da jede Seite den gesetzgeberisch geforderten Saldo nur dann in ihrem Sinne feststellen kann, wenn sie die Hypothesen der anderen Seite zu Fall bringt, ist ein Werturteilsstreit exzessiven Ausmaßes zu erwarten. Nun ist aber bekannt, daß Unbestimmtheitsbereiche sowohl am Markt als auch in einer final intendierten geistigen Auseinandersetzung

stets vom Machtdruck als einer besonderen Art der Überzeugungskraft entschieden werden. Die dargestellte geistige Pattstellung innerhalb des nicht rational zu lösenden Sachproblems wird deshalb immer wieder den Machtdruck des großindustriellen Bereiches mit sich bringen. Jede diesbezügliche Entscheidung wird damit so oder so zu einem Politikum. Kartellamt und Gerichte können und werden ungewollt politisiert werden, weil sie in diesen Problembereichen weder auf Rechtstatsachen noch auf rechtlich anerkannte Wertungen zurückgreifen können, die in der Lage wären, ihre effizienzorientierte Entscheidung auch rechtlich abzusichern. Dieser negative Umstand, der darauf beruht, daß Effizienz kein rechtlicher, sondern nur ein ökonomischer Wert ist, kann selbst durch den Prozeß der richterlichen Rechtsfortbildung nicht bewältigt werden. Auch diese setzte voraus, daß Maßstäbe für eine Quantifizierung der Vor- und Nachteile unter langfristigen Aspekten vorhanden wären. Wie wir jedoch schon mehrfach ausgeführt haben, gibt es solche cost-benefit-Erwägungen insbesondere im Bereich des Wettbewerbs nicht. Sie sind ohnehin mit freien und zukunftsorientierten Prozessen denkgesetzlich nicht vereinbar.

c) Zusammenfassung

Wie der Wettbewerbsprozeß, so ist auch die Wettbewerbsbeschränkung als Veränderung dieses Prozesses Rechenexempeln nicht zugänglich. Eine momentan gering erachtete Wettbewerbsbeschränkung bewirkt langfristig möglicherweise die größeren Nachteile als eine im Augenblick der zu treffenden Entscheidung als gravierend empfundene Beschränkung. Der Gesetzgeber hätte es unter allen Umständen vermeiden sollen, in eine so grundlegende Zusammenschlußregelung derartig wettbewerbsverkennende Überlegungen aufzunehmen, die nicht einmal signifikanten Wahrscheinlichkeitskalkülen zugänglich sind. Bar jeder Sachlogik sind sie dafür um so mehr der Einflußnahme der Interessentengruppen und deren zielgerichtetem Machtdruck ausgesetzt. Fehlt aber die Sachlogik, so gibt es auch keinen

grundlegenden oder gar verbindlichen Bewertungsmaßstab zur Lösung der jeweiligen Abwägungsproblematik.[1)]

In Anerkennung dieser nicht vorhandenen Rechenhaftigkeit des Phänomens Wettbewerb wären deshalb nur zwei alternative Ansätze praktikabel. Zum einen könnte der Vorteil von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. Fusionen ohne Bezug auf Nachteile a priori und ungeprüft höher bewertet werden. Dabei würde jedoch zugleich die offenkundige Unbegründetheit der Entscheidung transparent und die Negation des Freiheitsschutzes herausgestellt werden. Zum anderen könnte in Anerkennung der hier vertretenen Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für die Gesellschaft, die Wirtschaft und den Staat der Nachteil als nicht prognostizierbare Folge einer festgelegten Art von Freiheits- und Wettbewerbsbeschränkungen aprioristisch als schädlich bewertet werden, ohne daß in diesen Fällen mögliche Effizienzvorteile abzuwägen wären. Jede dieser Alternativen ist sachlogisch in Bezug auf den nicht rechenhaften Wettbewerbsprozeß und gleichermaßen praktikabel. Nur die letztgenannte ist aber grundgesetzkonform, indem sie den Wert der Freiheit nicht durch Größen relativiert, die weder quantifizierbar und nachweisbar noch - und darauf käme es bei der Bildung solcher pragmatischen Ansätze zumindest an - ihrem Wesen nach gleichrangig sind.

3. Zur analogen Problematik des § 24 Abs. 3 Satz 1 GWB

Diese Überlegungen sind gleichermaßen gegenüber § 24 Abs. 3 GWB bedeutsam, soweit der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag die Zusammenschlußerlaubnis erteilen kann, wenn im Einzelfall die gesamtwirtschaftlichen Vorteile die Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. Da auch der positive Saldo nach § 24 Abs. 1 GWB stets der Sache nach ein gesamtwirtschaftlicher Vorteil ist, läßt sich lediglich aus der Systematik des Gesetzesaufbaus erahnen, daß der Gesetzgeber in Abs. 3 noch grundsätzlichere Vorteile voraussetzt. Nach wie vor fällt

---

1) Vgl. auch R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 598

die Lösung der Vorteilsfrage aber in den Bereich der Wertungen, und weil auch gesamtwirtschaftliche Vorteile langfristig nicht sicher zu quantifizieren sind, hat sich an der Qualität des Problems nichts geändert. Erhebliche Änderungen sind hingegen bezüglich des Standortes und der Beeinflußbarkeit der entscheidenden Instanz festzustellen. Konnte sich die Behörde und das Gericht gegenüber dem Interessentendruck als noch verhältnismäßig unempfindlich erweisen, so sieht sich der Minister in einer völlig anderen Situation.[1] Er ist als Mitglied einer Partei und somit als Stimmenmaximierer den möglichen Kampagnen in besonderem Maße ausgesetzt. Seine Entscheidung wird sich deshalb besonders leicht an politischen Folgen orientieren. Die Versagung der Ausnahmegenehmigung für den Zusammenschluß VIAG-Preussag ist möglicherweise eine solche Entscheidung, die in diesem Fall mehr aus der Gefahr des Präzedenzfalles als nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien getroffen wurde.[2]

Nicht ohne Grund war deshalb schon zur Zeit der Entwürfe die Zuständigkeitsfrage umstritten, ohne daß jedoch auf das eigentliche materielle Problem der Entscheidung sonderlich eingegangen worden wäre. So führte Kartte aus, daß der Bundeswirtschaftsminister den Einzelfall entscheiden solle, während das BKA die Rolle des ermittelnden Staatsanwaltes zu übernehmen hätte.[3] Andererseits wurde immerhin das Problem der politischen Abhängigkeit erkannt und zu vermeiden gesucht, indem für möglichst unabhängige Entscheidungsinstanzen[4] bis hin

---

1) Minister im weiteren synonym für: Bundesminister für Wirtschaft

2) vgl. "Aluminium-Unternehmen legen eine Denkpause ein", Die Welt v. 9.1.1975, Nr. 7, S. 7: "Die Beteiligung eines Bundesunternehmens an einem Fusionsfall dürfe nicht zur Großzügigkeit verführen, ..., eher sei das Gegenteil angebracht." Vgl. auch "Aluminium-Fusion untersagt", Die Welt v. 8.1. 1975, Nr. 6, S. 1o

3) W. Kartte, Ein neues ..., a.a.O., S. 78; ähnlich E. Kantzenbach, 8 Thesen ..., a.a.O., S. 42; Jahreswirtschaftsbericht 197o, a.a.O., S. 22, 23; C. Jones, Pragmatische ..., a.a. O., S. 32o ff

4) Gemeinschaftsbeitrag, a.a.O., S. 26; I. Schmidt, Reform ..., a.a.O., S. 455; E. Heuß, Wettbewerb - kein ..., a.a.O., S. 42

zu einem neuartigen Kartellgericht[1] plädiert wurde.[2]

Lediglich Kantzenbach berührte mit seiner formellen Forderung zugleich das materielle Entscheidungsproblem: "Es handelt sich mithin bei jeder Einzelentscheidung um ein wirtschaftspolitisches Werturteil ... Es läßt sich weder auf Grund wissenschaftlicher noch auf Grund rechtlicher Kriterien allein treffen. Die Entscheidungskompetenz sollte daher unbedingt beim Bundeswirtschaftsminister als der sachlich zuständigen, politisch legitimierten Instanz liegen. Eine unabhängige Kommission ist zu solchen Entscheidungen nicht legitimiert, ein Gericht zu einer inhaltlichen Überprüfung nicht befähigt."[3] Schon das Eingeständnis eines "wirtschaftspolitischen Werturteils" kennzeichnet die auch hier nachgewiesene Problematik. Aus der Perspektive Kantzenbachs ist dieses Werturteil allerdings nichts anderes als die Majorisierung der Freiheit durch behauptete und ex ante nicht nachweisbare Effizienzen.

Wenn wir in diesem Zusammenhang auf die These zurückgreifen, daß wissenschaftliche Hypothesen falsifizierbar sein müssen, so offenbart sich gerade hier der tiefere Sinn dieser These. Sobald ein "Werturteil" zugunsten einer Fusion entweder nach § 24 Abs. 1 u. 2 GWB durch das Kartellamt oder gem. Abs. 3 durch den Minister gefällt worden ist, so ist zunächst verständlich, daß weder diese Instanzen noch die beteiligten Unternehmer bemüßigt sein werden, die Richtigkeit dieses ex ante getroffenen Werturteils auch ex post durch praktische Beobachtungen zu bestätigen. Doch selbst wenn dies im Einzelfall möglicherweise unter dem Druck der öffentlichen Meinung geschähe, so wäre bei einer im Sinne des Werturteils negativen tatsächlichen Entwicklung verständlich, daß sowohl zur Rechtfertigung der Entscheidung als auch der unternehmerischen "Nachweise" unzählige Imponderabilien der Wirklichkeit herangezogen würden und werden könnten. Da sich die relevanten

---

1) I. Schmidt, Reform ..., a.a.O., S. 455 f
2) vermittelnd P. Raisch, Verfahrensrechtliche Gestaltung entscheidend, Volkswirt 1970, Nr. 9, S. 43
3) E. Kantzenbach, 8 Thesen ..., a.a.O., S. 42

Wirtschaftsdaten bis hin zu außenwirtschaftlichen Einflüssen ständig ändern, wäre ein solches Rechtfertigungspotential auch stets gegeben.

Daraus folgt aber, daß auch eine im Sinne der Entscheidung positive Entwicklung kein gesicherter Nachweis für die Richtigkeit der getroffenen Weichenstellung sein könnte. Auch für diese Entwicklung hätten sich solche Daten geändert, die bei der Entscheidung noch nicht einmal bekannt und deshalb nicht Entscheidungsgrundlage waren. Die Entscheidung selber wäre also allenfalls zufällig richtig oder falsch. Ebenso zufällig würde die Freiheit als Grundwert unserer Ordnung Berücksichtigung gefunden haben. Auf der Basis solcher Entscheidungsgrundlagen verliert selbst die Einschränkung des § 24 Abs. 3 Satz 2 GWB an Wert, wonach die Erlaubnis zur Wettbewerbsbeschränkung die "marktwirtschaftliche Ordnung" nicht gefährden darf.[1)]

Wenn Kantzenbach das Werturteilsproblem auch erkennt, so zieht er doch nur unzulängliche Schlüsse daraus. Denn eine sachliche Zuständigkeit, die die inhaltliche Überprüfbarkeit durch einen Überprüfenden beinhaltet, läßt sich für die geschilderten Zusammenhänge aus der Natur der Sache schon nicht herleiten. Neben der Feststellung Kantzenbachs, daß die Entscheidung "weder auf Grund wissenschaftlicher noch auf Grund rechtlicher Kriterien allein" getroffen werden könne, spricht dafür auch seine Ansicht, wonach bei solchen Entscheidungen unter Umständen auch "außen- oder verteidigungspolitische Überlegungen"[2)] zu berücksichtigen sein sollen. Die Kompetenz des Ministers erweist sich damit als ebenso willkürlich wie die Entscheidung selbst.

---

1) Vgl. auch R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 598: "Die Entscheidung hingegen, ob der Zusammenschluß zweier Unternehmen durch staatspolitische oder wirtschaftspolitische oder gar gesellschaftspolitische Interessen gerechtfertigt ist oder nicht, erfordert eine so große Anzahl von Prämissen ..., daß die Entscheidung nurmehr politisch oder opportunistisch getroffen werden kann."

2) E. Kantzenbach, 8 Thesen ..., a.a.O., S. 42

4. Die relativen Kriterien und das Rechtsstaatspostulat des Grundgesetzes

Die völlig unzureichende Sachlogik des vorgenannten Entscheidungskomplexes hinsichtlich der relativen Kriterien zwingt deshalb dazu, ihn nicht nur aus der Perspektive des Schutzgutes des GWB und seiner Sachgerechtigkeit, sondern unter Rückzug auf das Grundgesetz auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit zu beurteilen. Dabei können die ohne rechtlichen Bezug gemachten Ausführungen zu relativen Kriterien im allgemeinen und im speziellen Fall als ausreichende Grundlage für eine juristische Wertung angesehen werden.

Die Bundesrepublik ist anerkanntermaßen ein Rechtsstaat.[1] Der Ausdruck "Rechtsstaat" ist zwar in Art. 2o GG nicht explizit genannt, doch die Absätze II Satz 2 und III GG normieren die bedeutsamsten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips wie Gewaltenteilung, Bindung der gesetzgebenden Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung und schließlich der vollziehenden Gewalt sowie der Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Für die Länder ist die rechtsstaatliche Verfassung überdies in Art. 28 Abs. I GG verbindlich vorgeschrieben. Da Art. 28 GG die Verfassungsordnung der Länder nach dem Homogenitätsprinzip der des Bundes angleichen will, lassen sich aus dieser Bestimmung Rückschlüsse auf die Rechtsstaatlichkeit des Bundes herleiten. Auf eine kurze Formel gebracht ist der Rechtsstaat ein Staat, "dessen Ziel die Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflußten Bereich ist"[2] - ein Staat, in dem das Recht zum primären Ordnungsfaktor geworden ist.[3] Dabei hat das Rechtsstaatsprinzip nach überwiegender Ansicht sowohl eine materielle als auch eine formelle Seite.[4]

Die materielle Komponente liegt in der Intention, die Gerechtigkeit im Einzelfall sicherzustellen. Demnach müßte al-

---

1) BVerfGE 7/89 ff, 92; Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 59; K. Hesse, a.a.O., § 6 II 1; Schmitz-Jersch, a.a.O., S. 6o
2) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 59
3) K. Hesse, a.a.O., § 6 II 1
4) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 6o m.w.N.; BVerfGE 7/89 ff, 92

lerdings ein Sachverhalt rechtlich so beurteilt werden, wie es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, der Billigkeit und dem Rechtsgefühl entspricht. Eine solche idealistische Zielsetzung der Einzelfallgerechtigkeit führte aber dazu, daß die Entscheidung von Umständen abhinge, deren Relevanz selbst die Beteiligten vorher nicht immer übersehen könnten. Die Folge wäre eine heillose Kasuistik, "ein unsicheres Gewirr recht subjektivistischer, vielleicht sogar eigensinniger Einzelentscheidungen".[1] Um dies zu vermeiden, ist im Rechtsstaatsprinzip eine formelle Komponente unentbehrlich.[2] Sie besteht unter Beachtung der materiellen Komponente im Streben nach einer möglichst weitgehenden Rechtssicherheit. Demzufolge müssen gewisse Regeln aufgestellt werden, nach denen Rechtsentscheidungen sowie Aktivitäten der Staatsgewalt vorhersehbar und berechenbar werden. Der dabei im Einzelfall auftretende Widerspruch zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit kann seit Radbruch[3] als dahingehend entschieden gelten, daß diese notwendige Formalisierung des Rechts unvermeidbar zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit realisiert wird. "Wer Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten".[4]

Dieser Unterschied zwischen formeller und materieller Seite der Gerechtigkeit klingt auch in Art. 2o Abs. III GG an, wonach Verwaltung und Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" gebunden sind. Die Bindung an das Gesetz soll der Rechtssicherheit, die Bindung an das Recht der materiellen Einzelfallgerechtigkeit dienen.[5] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann dabei weder der formellen noch der materiellen Komponente ein Vorrang zugesprochen

---

1) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 6o
2) vgl. BVerfGE 2/38o ff, 4o3; 3/11 ff, 237; 15/313 ff, 319; BVerwGE 2/114; 21/142 ff, 145
3) vgl. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, a.a.O., S. 353; H. Nawiasky, Positives und überpositives Recht, a.a.O., S. 717; BVerfGE 8/155
4) zit. n. K. Engisch, Einführung ..., a.a.O., S. 163
5) vgl. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd 1 u. 2, 2.A., Berlin-Frankfurt 1966, Art. 2o VI 4 f; Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 18.A., München 1971, § 1o II 3 d

werden.[1] Freilich leidet das praktische Rechtsleben heute darunter, daß der Gesetzgeber und notwendigerweise dann auch die Rechtsprechung die Rechtssicherheit gering achten; der Gesetzgeber, indem er weitgehend Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die Rechtsprechung, indem sie auf dieser Grundlage entscheiden muß.

a) "Marktbeherrschung" und Rechtsstaatspostulat

Nach unseren bisherigen Erörterungen war gerade im Vergleich der relativen mit den absoluten Kriterien festzustellen, daß erstere schon von ihrer Anlage her nach größter materieller Gerechtigkeit streben. Ihr unbestreitbarer Vorzug liegt darin, daß sie jeden Einzelfall auf der Grundlage relativ gleicher Merkmale und im Hinblick auf ein identisches Ziel untersuchen. Hingegen nehmen die absoluten Kriterien auf die spezifische Interessenlage des Einzelfalles keine Rücksicht.

Trotz dieser positiven Intentionen der relativen Merkmale wirft sich sofort die Frage auf, inwieweit sie diese materielle Gerechtigkeit nicht nur anstreben, sondern auch in der Praxis erreichbar machen.[2] Diesbezüglich war jedoch schon festzustellen, daß Merkmale wie "Marktbeherrschung" aus einer Kumulierung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen, die auf jeder Stufe der Untersuchung dem jeweils Beurteilenden einen erheblichen Spielraum eröffnen.[3] Um solche Spielräume nicht rechtsstaatswidrig ausufern zu lassen, hat die Rechtsprechung den Grenzwert herausgearbeitet, daß Gesetze dann rechtsstaatswidrig sind, wenn sie den Rechtsunterworfenen im Unklaren las-

---

1) BVerfGE 15/313 ff, 319, 32o; vgl. auch H. Barske, Berichtigung von Steuerbescheiden nach § 222 AO, NWB, Fach 2, S. 2oo7 ff, 2oo8

2) vgl. B. Röper, Gedanken eines Volkswirts zur Novellierung des GWB, marktwirtschaft 197o, Nr. 8, S. 5 f, 6

3) zur Kritik: E. Kaufer, Die Bestimmung von Marktmacht - Dargestellt am Problem des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik, Bern-Stuttgart 1967, S. 4 ff; E. Günther, Zehn Jahre ..., a.a.O., S. 34 f; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 56 f, der u.a. deshalb für eine per-se-Regelung plädiert.

sen, was eigentlich rechtens sein soll.[1] Maunz-Dürig bezeichnen sie als Gesetze, "die sich um den eigentlichen Gesetzesbefehl drücken und die Verantwortung verlagern."[2]

Bei der Anwendung dieser Gesichtspunkte muß jedoch zunächst anerkannt werden, daß die Rechtsordnung ohne Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe nicht auskommt, wenn sie selber nicht nur statisch, sondern auch dynamischer Entwicklung zugänglich sein will.[3] Die aus diesen Gesichtspunkten von der Literatur und Rechtsprechung herausgearbeiteten Anforderungen rechtsstaatlicher Gesetzesausgestaltung stehen aber unter dem unverzichtbaren Vorbehalt, daß der unbestimmte Rechtsbegriff, die Generalklausel usw. in jedem Falle zumindest derart bestimmbar sein müssen, daß sie richterlicher Kontrolle zugänglich sind.[4] So hat beispielsweise die polizeiliche Generalklausel des ehemaligen § 14 PVG immerhin durch eine jahrzehntelange Judikatur einen hinreichend konkreten Inhalt bekommen. Doch selbst wenn man sich auf diesen extrem niedrigen Grenzwert der Konkretisierung allgemein zurückzöge und bereit wäre, zunächst eine jahrelange Judikatur abzuwarten, so müßte doch jenes rechtsstaatliche und unverzichtbare Minimum von vornherein gewährleistet sein, das darin liegt, daß dieser unbestimmte Rechtsbegriff rationaler Entscheidung und Nachprüfbarkeit anhand fixierter und anerkannter Wertkategorien überhaupt zugänglich ist.[5] Der unbestimmte Rechtsbegriff muß also seiner Natur nach und damit sachlogisch überhaupt praktizierbar sein. Anderenfalls kann auch die Rechtsprechung nur eine opportunistisch-kasuistische Einzelfallregelung treffen, nicht aber den allgemeingültigen Grad an Bestimmtheit herausarbeiten, der die Regelung zumindest im Zeitablauf der Vorhersehbarkeit staatlicher Machtäußerung zu-

---

1) BVerfGE 5/25 ff, 31; 8/274 ff, 3o2; BVerfG, NJW 1959, S. 931
2) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 89
3) vgl. BVerfGE 5/85 ff, 112; 7/129 ff, 145; 8/274 ff, 326; BVerwGE 7/114 ff, 121; Schmitz-Jersch, a.a.O., S. 61; Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 9o
4) BVerfGE 7/129 ff, 154; Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 9o; Schmitz-Jersch, a.a.O., S. 61
5) vgl. R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 599

gänglich macht und so dem Rechtsstaatsprinzip dient.[1)]

Eine Anwendung dieser Gesichtspunkte führt zu folgendem Ergebnis: Merkmale wie "Marktbeherrschung" bzw. "Entstehung von Marktbeherrschung" sind in Anbetracht der Phänomene Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit sowie der damit verbundenen Dynamik und Unvorhersehbarkeit zukünftiger Prozesse wie auch schließlich im Hinblick auf das Ziel materieller Gerechtigkeit unverzichtbar. Trotz all ihrer Unschärfe sind sie aber der Konkretisierung zumindest durch die Rechtsprechung zugänglich, wenn sie sich als Begriffe im hier vertretenen und herausgearbeiteten Sinne an grundgesetzlichen Fixpunkten orientieren. Als den hier einschlägigen und grundgesetzlich fixierten Wert hatten wir die wirtschaftliche Freiheit anerkannt. Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung sind dann die grundgesetzkonformen und dem Rechtsdenken zugänglichen Kategorien an Freiheitsbeschränkung, die ein näher herauszuarbeitendes und erzielbares Maß an Freiheitsbeschränkungen Dritter implizieren. Mit anderen Worten sind sie trotz aller Unschärfe von der Sache her einer Konkretisierung zugänglich. Selbst diese Merkmale wären jedoch dann als Merkmale mit rechtsstaatlicher Minimaleignung abzulehnen, wenn sie sich und ihren Gehalt nicht aus fixierten und fixierbaren Größen, sondern aus einer Effizienzüberlegung ableiteten. Denn dann stünde der notwendigen Konkretisierbarkeit jenes Relativierungsproblem entgegen, das wir schon wegen der funktionalen Abhängigkeit von Freiheit und Effizienz als nicht eindeutig lösbar erkannt hatten.

b) Die Abwägungsklauseln und das Bestimmtheitsgebot

Jede Form der Abwägungsklausel, wie sie sich in § 24 Abs. 1 u. 3 GWB findet, verstößt nicht nur gegen die verpflichtende Wertordnung des Grundgesetzes, sondern ist auch als rechtsstaatswidrige Normengestaltung abzulehnen. Wie bereits aus dem Sachzusammenhang nachzuweisen war, ist ein solcher Regelungsansatz schon von der Sachlogik her keiner allgemeingültigen

---

1) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 2o, Rdnr. 86; BVerfGE 3o/25o, 33/171

Konkretisierung zugänglich. Damit fehlt es aber an dem Minimum-Kriterium, wonach wenigstens und spätestens die Rechtsprechung in der Lage sein muß, die rechtsstaatlich gebotene Konkretisierung herbeizuführen. Probleme jedoch, die der Sache nach nicht zu lösen sind, sind als der Quadratur des Kreises vergleichbare Fälle auch der vereinheitlichenden und gleichartigen Rechtsprechung nicht zugänglich. "Eine Entscheidung auf der Grundlage solcher Globalbegriffe kann .. nicht (einmal) mehr als Rechtsanwendung verstanden werden."[1)]

Auch das Bundesverfassungsgericht hat wegen der zunehmenden Verwendung von Generalklauseln inzwischen die Notwendigkeit sachgerechter Lösungen durch den Gesetzgeber betont: "Bei komplexen Sachverhalten kann es vertretbar sein, dem Gesetzgeber zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen einzuräumen; die mit einer größeren Typisierung und Generalisierung verbundenen Unzuträglichkeiten geben erst dann Anlaß zu verfassungsrechtlichen Beanstandungen, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und fortschreitende Differenzierung trotz ausreichenden Erfahrungsmaterials für eine sachgerechte Lösung unterläßt."[2)] Einem solchen späteren Unterlassen steht aber die Einführung unzulänglicher und der Sache nach von Anbeginn nicht korrigierbarer Normen gleich, wenn diese Mängel bereits bei der Kodifizierung klar erkennbar sind.

Die vorliegende Fusionskontrolle ist deshalb aus der Perspektive ihrer relativen Kriterien selbst dann nicht grundgesetzkonform, wenn man ihnen grundgesetzliche Wertinhalte unterlegt. Denn auch in diesem Fall verstoßen die Abwägungsklauseln der Absätze 1 und 3 gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Bestimmtheit und Rechtssicherheit. Selbst bei grundgesetzkonformer Auslegung ist die Fusionskontrolle demnach wegen ihrer absoluten Aufgreifkriterien und dieser Abwägungsklauseln abzulehnen.

---

1) R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 598
2) BVerfGE 3o/25o, 33/171

VIERTER TEIL

Folgerungen für neue Ansätze

§ 1 Die Sachgerechtigkeit als Ausgangspunkt

Einer unserer grundlegenden Ausgangsgedanken war die Feststellung, daß es die Aufgabe der Rechtsordnung ist, Lebenssachverhalte sachgerecht zu erfassen und zu regeln. Auch das zuletzt zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts gründet sich auf diesen Standpunkt, und so bleibt die Frage, ob nicht gerade ein Mangel an Sachgerechtigkeit bei der jetzigen Fusionsregelung zu einer Verschärfung der Probleme geführt hat, die bei Begriffen wie Marktbeherrschung usw. ohnehin nicht vermeidbar sind.

Besonders wichtig bleibt in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß relative Indikatoren sehr schwer und unsicher zu handhaben sind, und daß sie insbesondere in Form der Marktbeherrschung von vornherein eine spezifische Ausrichtung auf Probleme horizontaler Konzentration haben. Andererseits muß betont werden, daß absolute Kriterien trotz ihrer guten Praktikabilität eine wiederum zu einseitige Beziehung zur gesellschafts- und strukturpolitischen Problematik der Zusammenschlüsse haben; sie sind nicht in der Lage, das Freiheits- und Wettbewerbsproblem durchgängig zu regeln und stellen es in der vorliegenden Form geradezu in den Hintergrund, weil sie auf der Basis von Effizienzideen konzipiert sind. Die nun jeweils mit diesen relativen und absoluten Kriterien einhergehenden Probleme sind aber gerade nicht durch die vollzogene Mischung beider Kriterienarten in einem Tatbestand zu lösen, sondern potenzieren sich sowohl aus der Perspektive des Schutzgutes als auch aus der Maxime rechtsstaatlicher Normengestaltung. Dies gilt um so mehr, wenn der entsprechende Tatbestand auch noch mit rechtsstaatswidrigen Abwägungsklauseln durchsetzt ist.

Ein sachgerechter Lösungsansatz hätte demnach zunächst vom Regelungsgegenstand auszugehen. Dieser Gegenstand ist mit

dem Begriff "Zusammenschluß" aber bereits so komplex umschrieben, daß allzu leicht die Tatsache und eventuelle Bedeutung der völlig unterschiedlichen Zusammenschlußrichtungen dabei verloren geht. Ein Tatbestand, wie er in § 24 GWB gegeben ist, müßte deshalb seine Sachgerechtigkeit darauf stützen können, daß die wesentlichen Zusammenschlußrichtungen als reale Lebenssachverhalte dermaßen homogen sind, daß sie ohne Schwierigkeiten der Anwendung eines Tatbestandes mit jeweils gleichen Kriterien zugänglich sind.

Zur Darstellung der Probleme eines solchen "Supertatbestandes"[1] erscheint es angebracht, vor allem die hinsichtlich des Fusionsproblems schon weitgehend gesicherten amerikanischen Erfahrungen heranzuziehen. Da es bei diesem Vorgehen weniger um Probleme der Rechtsordnung als vielmehr um die Feststellung der Wirkungen bestimmter Lebenssachverhalte geht, die der Rechtsordnung erst zu unterwerfen sind, kann gegen dieses Vorgehen auch nicht eingewendet werden, daß die amerikanische und deutsche Rechtsordnung nicht ohne weiteres vergleichbar sind. Dies gilt um so mehr, als die amerikanische Antitrustpolitik unbestritten ebenfalls die Freiheit der Marktteilnehmer verfolgt, wie auch anerkannt ist, daß sie das deutsche Kartellrecht erheblich beeinflußt hat.[2] Dieser Blick auf die amerikanischen Erfahrungen trägt außerdem dem vor 18 Jahren zutreffend geäußerten Gesichtspunkt von E. Heuß Rechnung, wonach es "widersinnig (wäre), wollte man den langen Weg der amerikanischen Antitrustpolitik nochmals durchlaufen, statt dort einzusetzen, wo heute die amerikanische Antitrustpolitik steht."[3]

---

1) Vgl. die ähnliche Konzeption der amerikanischen Gesetzgebung, insbesondere den "Celler-Kefauver Anti-Merger Act" von 1950 und seine Entwicklungsgeschichte; dazu D.D. Martin, Mergers and the Clayton Act, Berkely-Los Angeles 1959, Kap. 7

2) Wirtschaftswoche 1972, Nr. 15, S. 12

3) E. Heuß, Die amerikanische ..., a.a.O., S. 95; E. Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 79

Im folgenden soll deshalb von den drei Zusammenschlußrichtungen ausgegangen werden. Zunächst ist der horizontale Zusammenschluß[1] zu nennen, der insbesondere davon intendiert ist, auf einem relevanten Markt konkurrierende Unternehmen zusammenzufassen und deshalb auch einen naheliegenden Kartellersatz bietet.[2] Der vertikale Zusammenschluß[3] zielt seinerseits darauf ab, vor- oder nachgelagerte Produktions- oder Vertriebsstufen in den Griff zu bekommen und erfaßt deshalb mehr Marktbereiche als der horizontale Zusammenschluß. Der schließlich zu betrachtende diagonale, konglomerale oder gemischte Zusammenschluß[4] beruht hingegen in der Praxis vorrangig auf dem Bestreben nach Diversifikation und rentablen Finanzinvestitionen.

Angesichts der Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen kann vorab ganz allgemein festgestellt werden, daß Zusammenschlüsse in Amerika wesentlich stärker und früher als marktstrategische Bestrebungen der Unternehmen verstanden worden sind, den funktionsfähigen Wettbewerb zu beschränken. Viel eher als in Deutschland hat man sich dort auch von der angeblichen Notwendigkeit der Konzentration und der ihr generell unterstellten Leistungssteigerung freigemacht. So schrieb beispielsweise Stigler 1950: "... it is possible to change the trend of industrial organization by the lackadaisical enforcement of an antitrust law. And to the students of social sciences it offers the supremely optimistic - and pessimistic - suggestion: when economists agree that a movement is inevi-

---

1) Vgl. G.J. Stigler, Monopoly ..., a.a.O., S. 23 ff; H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 147 ff; G. Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7.A., Berlin-Frankfurt 1967, S. 142

2) vgl. E. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit ..., a.a.O., S. 121

3) vgl. W.S. Comanor, Vertical Mergers, Market Powers and the Antitrust Laws, AER 1966, P.P., S. 254 ff; H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 183 ff

4) vgl. W. Zohlnhöfer, Wettbewerbspolitik im Oligopol, Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, Veröffentlichungen der List Gesellschaft e.V., Bd 54, Reihe B, Tübingen 1958, S. 37 ff

table, it is not."[1] Noch zur gleichen Zeit negierte beispielsweise Röper[2] jegliche marktstrategische Bestrebung der Unternehmen, durch Zusammenschlüsse etwa eine ihnen genehmere Marktform zu schaffen. Erst später wurden modernere und realistischere Standpunkte wie der von Wessels eingenommen: "Keineswegs aber stellen die Konzerne stets nur kostenorientierte Unternehmenszusammenschlüsse dar - wie eine weit verbreitete Konzernideologie behauptet".[3]

I. Das Wesen der horizontalen Zusammenschlußrichtung

Zusammenschlüsse werden von ihren Befürwortern in der Regel und zumindest nach außen hin wegen ihrer Leistungssteigerung angestrebt. Diese Leistungssteigerung ist in Form der "economies of scale" hinsichtlich Produktion, Verteilung, Werbung und "sales promotion"[4] bei horizontalen Fusionen auch noch verhältnismäßig leicht feststellbar, weil hier dem Zusammenschluß ein mehr oder weniger homogenes Gut zugrunde liegt.[5] Auf diese mit allen schon gemachten Einschränkungen eventuell nachweisbare Leistungssteigerung kann es allerdings nach den hier herausgearbeiteten Grundsätzen dann nicht mehr ankommen, wenn vorrangige Grundprinzipien unseres Ordnungsgefüges wie beispielsweise die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in einem nicht tolerablen Maße eingeschränkt werden.[6]

---

1) G.J. Stigler, Monopoly ..., a.a.O., S. 34
2) B. Röper, Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, Berlin 1952, S. 204; ebensowenig findet sich diese Zielsetzung in: Die Konzentration in der Wirtschaft, a.a.O., Bd II
3) Th. Wessels, Art. "Unternehmenszusammenschlüsse (II): Wirtschaftliche Problematik", HdSW, Bd 10, a.a.O., S. 552 ff, 561
4) vgl. J.S. Bain, Discussion, AER 1950, P.P., S. 64 f
5) vgl. aber den Nachweis gegenteiliger Konzentrationsfolgen von E. Sohmen für einen besonders stark konzentrierten Bereich homogener Güter, nämlich die amerikanische Stahlindustrie: Wettbewerb, Konzentration ..., a.a.O., S. 127 ff; ferner H. Jürgensen, H. Berg, Die amerikanische Herausforderung - Ein Papiertiger? Das Beispiel der Automobilindustrie, Wirtschaftsdienst 1968, S. 255 ff
6) vgl. H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 196, der nach Eingehen auf Gründe zur Kartellierung feststellt: "Alle diese Gesichtspunkte müssen gegenüber der Sicherung der Wettbewerbsfreiheit zunächst zurücktreten."; R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 600

Deshalb ist stets zu beachten, daß ein horizontaler Zusammenschluß nur unter Umständen leistungssteigernd sein kann[1], jedoch ausnahmslos im Hinblick auf die Anbieterzahl marktverengend ist. Auch für einen rational handelnden Unternehmer ist die Marktverengung als sichere Folge des Zusammenschlusses ein wesentlich operationaleres Ziel als die mögliche Leistungssteigerung, die stets an eine Vielzahl höchst unsicherer Erwartungen geknüpft ist. Bei dieser Einflußnahme auf die Marktstruktur genügt es dem Unternehmer zumeist, eine bestimmte Oligopolstruktur zu erreichen, weil das Monopol wegen der Gesetzgebung und öffentlichen Meinung ohnehin inopportun ist. Dazu bemerkt auch Stigler: "One great change has taken place in the merger movement since the Northern Securities decision: the share of the industry merged into one firm has fallen sharply. In the early period, as we have seen, the leading firm seldom merged less than 5o per cent of the industry's output; in the later period the percentage has hardly ever risen this high. The new goal of mergers is oligopoly."[2]

Bereits mit einer oligopolistischen Marktstruktur ist aber der Grad an Markttransparenz erreicht, der beispielsweise zur Herausbildung einer Preisführerschaft benötigt wird. Zudem ist eine solche Struktur in der Lage, innerhalb kurzer Zeit jenes wettbewerbsfeindliche Gruppenbewußtsein entstehen zu lassen, welches "hilft, die Profite zu sichern, sobald die Zahl der Anbieter so gering ist, daß jeder den Vorteil erkennt, der sich aus der Befolgung einer live- and let-live policy ergibt."[3] Durch entsprechende wechselseitige Einwirkung auf dieses Gruppenbewußtsein läßt sich schließlich ein Verhaltensmuster entwickeln, das schon bei einer verhältnismäßig geringen Konzentration des Angebots die subjektiven Wettbewerbsvoraussetzungen eliminiert und sich kollektiv gegen die Möglichkeit des Marktzutritts richtet.[4]

---

1) Zweifelnd selbst W. Kartte, Wer gefährdet ..., a.a.O., S. 1o3
2) G.J. Stigler, Monopoly ..., a.a.O., S. 31
3) G.W. Stocking, M.W. Watkins, Monopoly and Free Enterprise, New York 1951, S. 82, Übersetzung v. Verfasser
4) ibid., S. 84

Dieser mögliche und im Hinblick auf das Schutzgut Freiheit relevante Lebenssachverhalt bedarf deshalb einer Regelung, die ihm gerecht wird und gleichzeitig die Wettbewerbsfreiheit schützt. In Anbetracht dieser Tatsache und der hier vertretenen Meinung, daß die Wettbewerbsfreiheit wie auch die allgemeine grundgesetzliche Freiheit nicht totaler Regelung zugänglich sind, benötigen wir für dieses Problem einen Maßstab, wenn faktisch überhaupt noch Freiheit verbleiben soll. Dieser Maßstab hat - aus dem Schutzgut selber abgeleitet - die Schwelle der Beeinträchtigung anzugeben, von der an das Schutzgut unverbrüchlich zu verteidigen ist. Gleichermaßen muß er dem zu regelnden Lebenssachverhalt in seiner spezifischen Erscheinungsform am Markt gerecht werden.

Unter Beachtung dieser Prämissen können wir dem Grundgesetz zunächst die Tatsache entlehnen, daß es die Freiheit einzelner, aber auch des gesamten Systems durch eine Ausbalancierung der Individual- und Kollektivrechte wie auch durch eine Gewaltenteilung und -hemmung innerhalb der Kollektivbefugnisse bewirkt. Mit diesem freiheitsschützenden Regelungsmechanismus wird die Tatsache der Übermacht einer Position gegenüber den anderen als unvereinbar angesehen. Auch in das Privatrecht ist dieser Übermachtgedanke beispielsweise in §§ 138, 826 BGB eingeflossen, so daß das Entstehen marktbeherrschender Positionen durchaus jenes auf den Markt übertragene, grundgesetzkonforme Maß eines unbedingt notwendigen Freiheitsschutzes sein könnte. Denn diese Position beinhaltet die faktische oder potentielle Diktatur des einen über andere und damit eine freiheitsabsorbierende Stellung zu Lasten Dritter, die unter Beachtung ihrer außergewöhnlichen Entstehungsart[1] nicht mehr tolerabel ist. Zugleich erfaßt dieses Merkmal der Marktbeherrschung sachgerecht den zu regelnden Lebenssachverhalt horizontaler Konzentration, weil diese als aktive Marktstrategie diese freiheitsausschließenden Wirkungen gegen Dritte geradezu

---

1) Vgl. dazu die Differenzierung zwischen Marktbeherrschung durch Fusion und durch internes Wachstum sowie die unterschiedlichen Folgen für andere Marktteilnehmer auf S. 231 f d.A.

anstrebt.[1]

Spätestens bei Erfüllung dieses zieladäquaten und sachgerechten Merkmals hat dann aber auch der Freiheitsschutz einzusetzen, wenn ein Bruch mit fundamentalen Prinzipien unserer Ordnung vermieden werden soll, der die Vergangenheit[2] und die Gegenwart kennzeichnet.[3] Vor allem kann dann ein Nicht-Wert wie "Effizienz", der lediglich eine kategoriale Größe darstellt, kein weiterer freiheitsbeschränkender Aspekt mehr sein - die Grenze für die Freiheitsbeschränkung hat immer der Freiheitsgedanke selbst zu sein.[4]

Aus diesen Gründen ist ein spezieller Zusammenschlußtatbestand für horizontale Fusionen zu empfehlen, der sich allein auf die Erlangung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stützen sollte. Soweit jede generelle Regelung der Ausnahme zugänglich sein muß, wäre eine solche allenfalls denkbar, wenn konkret gleichartige Güter kollidierten und eine Güterabwägung ergäbe, daß die Gefährdung der Freiheit im Einzelfalle das geringere Übel sei. Dies wäre beispielsweise in Konkursfällen denkbar, in denen der ohnehin entfallende Freiheitsgrad mit der sozialen Situation und subjektiven Freiheit der betroffenen Arbeitnehmer langfristig zu vergleichen wäre.[5]

Um nicht selber nachteilige und irreparable Prozesse durchlaufen zu müssen, sollten wir hier die amerikanische Erfahrung nutzen: "the more that individual firms coalesce, the greater the likelihood that a coalition and parallel policies of mutual advantage will emerge from the ashes of competition".[6]

---

1) Vgl. H. Arndt, Aufgaben und Gefahren der Konzentration für den freien Unternehmer, in: Festschrift für E.v.Beckerath, Tübingen 1964, S. 464 ff
2) vgl. H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 193 f
3) vgl. dazu E. Hoppmann, der die sogenannten neuen Leitbilder als eine Tendenz zur Transformation der Wirtschaftsordnung bezeichnet, "Neue Wettbewerbspolitik" ..., a.a.O., S. 414 ff; K. Biedenkopf, Wettbewerbspolitik ..., a.a.O., S. 3 ff; R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 599 f
4) vgl. H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 198
5) vgl. United States v. Lever Bros. Company, 216 Federal Supplement (1963), S. 898
6) U.S. v. Manufacturers Hanover Trust Company, 24o Federal Supplement (1965), S. 95o

II. Die Problematik vertikaler Zusammenschlüsse

Vertikale Zusammenschlüsse sind schon wegen ihrer Zusammenschlußrichtung weitaus schwieriger in ihren wettbewerblichen Auswirkungen zu beurteilen. Ohne spezifische Regelungsansätze, die diesen speziellen Sachverhalten Rechnung tragen, müßte deshalb auch in der deutschen Rechtsprechung irgendwann eine ähnliche Feststellung zu erwarten sein, wie sie Justice Potter für die amerikanischen Verhältnisse traf: "the sole consistency that I can find is that in litigation under Section 7, the Government always wins."[1)]

Während horizontale Zusammenschlüsse maßgeblich die Verhältnisse der Marktmacht beeinflussen[2)], ist dies von vertikalen Zusammenschlüssen zumindest nicht generell zu behaupten. Allein dieser näher zu erläuternde Gesichtspunkt kennzeichnet einen wesentlichen Unterschied, der durch einen sachgerechten Regelungsansatz nicht übergangen werden kann.

Der Zusammenschluß mit einem Unternehmen der vor- oder nachgelagerten Stufe[3)] beeinflußt zunächst nur die Marktstellung und bewirkt keine unmittelbare Steigerung der Marktmacht. Trotz dieser insoweit angebrachten Differenzierung[4)] wird allerdings häufig ein Reflex auf die Marktmacht unterstellt, weil sich infolge des Zusammenschlusses die Einfluß- und Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten zumeist erhöht haben.[5)] Dieser Wirkungszusammenhang spielt auch in den amerikanischen Entscheidungen eine erhebliche Rolle. So verurteilte der District Court einen Zusammenschluß zwischen Alcoa, dem be-

---

1) Dissenting Opinion of Justice Potter Stewart in: U.S. v. Von's Grocery Company, 384 United States Reports (1964), S. 301

2) vgl. C. Kaysen, D.F. Turner, Antitrust Policy, a.a.O., S. 75

3) vgl. E.A.G. Robinson, The Structure of Competitive Industry, Cambridge 1959, S. 110, der von "backward" und "forward integration" spricht.

4) vgl. dazu W.S. Comanor, Vertical ..., a.a.O., S. 254; M. Borchert, Wettbewerbspolitische Kriterien von diversifizierenden Unternehmungszusammenschlüssen, WuW 1970, S. 257 ff

5) M.A. Adelman, Integration and the Antitrust Law, Harvard Law Review 1949, S. 27 ff, 43 m.w.N.; W.S. Comanor, a.a.O., S. 254

deutendsten Rohaluminiumhersteller, und Cupples, dem wichtigsten Hersteller von Aluminium-Wandplatten, u.a. mit dem Hinweis: "The evidence shows that Alcoa now furnishes their engineering know-how and skill to Cupples as well as to Cupples competitors, and that new developments are being promoted with all fabricators on an equal basis. While this is true at present time, there is no assurance that in the future Cupples will not be given advance information on new developments that will render other fabricators powerless to compete with Cupples."[1)]

Während diese Überlegung noch speziell auf die Veränderung der Marktposition zugunsten der integrierten Firma abstellte, ist der Ausschließungsgesichtspunkt in der Brown Shoe-Entscheidung allgemeiner gefaßt: "the primary vice of a vertical merger ... is that, by foreclosing the competitors of either party from a segment of the market otherwise open to them, the arrangement may act as a 'clog on competition', which 'deprives rivals of a fair opportunity to compete.' Every extended vertical arrangement by its very nature, for at least a time, denies to competitors of the supplier the opportunity to compete for part or all the trade of the customer party to the vertical arrangement."[2)]

Gegen diese Gesichtspunkte einer "theory of foreclosure" wendet Comanor allerdings ein, daß sie nicht zwingend wären und vor allem bei einer Betrachtung der Integration und der daraus resultierenden Preispolitik verkennen, daß der vertikale Zusammenschluß auch zu einer Verbesserung der Marktergebnisse beitragen könne.[3)] Abgesehen davon, daß dies für einen freiheitsorientierten Ansatz letztendlich kein Gesichtspunkt sein kann, bestehen auch schon sachliche Einwände. Nur unter gewissen Annahmen, wie sie teilweise in der Literatur[4)]

---

1) U.S. v. Aluminium Company of America, 233 F. Supp. (1964), S. 728
2) Opinion of Chief Justice Warren in: Brown Shoe Company v. U.S., 37o U.S. (1962), S. 323 f
3) vgl. W.S. Comanor, a.a.O., S. 257 ff
4) vgl. J.J. Spengler, Vertical ..., a.a.O., S. 352; R. Bork, Vertical Integration and the Sherman Act: The legal History of an Economic Misconception, University of Chicago Law Review 1954, S. 157 ff, 196

und auch von Comanor gemacht werden, ist seiner Ansicht zuzustimmen. Die auf diese Annahmen gegründeten Fälle sind allerdings weitgehend theoretischer Natur und verkennen die vertikale Konzentration als eine weitere Form der Marktstrategie. Außerdem gehen die Überlegungen Comanors von der generellen Annahme aus, daß der Grad der Marktmacht völlig unabhängig vom Ausmaß der vertikalen Integration sei.[1)]

Zwar ist zunächst nur eine Auswirkung der vertikalen Konzentration auf die Marktstellung zu bemerken, doch auch jene mittelbaren Beziehungen zur Marktmacht, die als Reflexe der Marktstellung entstehen, können eine erhebliche Wirkung haben und widerstreiten dieser Annahme Comanors. Gerade die amerikanischen Entscheidungen lassen erkennen, wie wichtig es ist, die vertikale Integration als eine unternehmerische Marktstrategie zu begreifen. Insbesondere weisen diese Entscheidungen nach, daß solche Strategien zumeist von Ausschließungsgesichtspunkten gegenüber bestehenden wie auch gegenüber potentiellen Konkurrenten getragen sind.

So gab eine Genossenschaft als Zulieferer für den Milcheinzelhandel in seltener Deutlichkeit ihre Absicht bekannt, warum sie einen Händler, Embassy Dairy, aufkaufen wollte, der unmittelbarer Abnehmer der Erzeugerbetriebe war und eine aggressive Preispolitik betrieb: "the purchase of Embassy Dairy will eliminate disturbing influence which has been a thorn in the side of the Association for many years".[2)] Völlig gleichgelagerte Intentionen waren auch für das bekannte Entflechtungsurteil gegen die Firma Du Pont maßgebend, als das Gericht ausführte: "that Du Pont purposely employed its stock (in General Motors) to pry open the General Motors' requirements for automative finishes and fabrics".[3)]

An den Ausschlußwirkungen solcher vertikaler Zusammenschlüsse ist besonders bedeutsam, daß sie häufig einen kumulativen Prozeß in Gang setzen. Dies beruht darauf, daß ein

---

1) W.S. Comanor, a.a.O., S. 254
2) U.S. v. Maryland and Virginia Milk Producers Association, 167 F. Supp. (1958), S. 805
3) U.S. v. Du Pont de Nemours Company, 353 U.S. (1957), S. 606; vgl. zu diesem Problem auch W.S. Comanor, a.a.O., S. 256

Produzent, der über einen vertikalen Zusammenschluß einen Teil der ihm nachgelagerten Handelsstufe zu absorbieren in der Lage ist, zugleich die Möglichkeit hat, seinen Absatz auch über die nicht von ihm beherrschte Handelsstufe zu betreiben. Umgekehrt ist es in aller Regel aber seinen Konkurrenten nicht möglich, den von ihm integrierten Teil der Handelsstufe absatzpolitisch uneingeschränkt in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Gesichtspunkt verurteilte deshalb der Supreme Court auch den Erwerb Kinneys, einer Kette des Schuheinzelhandels, durch Brown Shoe: "We reach this conclusion because the trend toward vertical integration in the shoe industry, when combined with Brown's avowed policy of forcing its own shoes upon its retail subsidaries, may foreclose competition from a substantial of the markets for men's, women's, and children's shoes, without producing any countervailing competitive, economic, or social advantages."[1)]

Um solchen Nachteilen zu entgehen, sind die auf der Produktionsstufe konkurrierenden Unternehmen gezwungen, vorsorglich eine gleiche Marktstrategie zu betreiben und ebenfalls einen Teil der nachgelagerten Stufe zu absorbieren. Daß es sich hierbei nicht nur um eine abstrakte logische Ableitung handelt, mag exemplarisch die nachfolgende Feststellung der Firma Alpha Portland Cement Company zeigen: "Vertical integration within our industry has been on the increase in recent years. Alpha is presently not inclined to integrate vertically. However, if our position in the industry is put in jeopardy as a result of such corporate arrangements, there will be no alternative but to make similar moves."[2)]

Neben diesen Auswirkungen, die zunächst nur die Wettbewerbsverhältnisse der am Markt befindlichen Unternehmen berühren, wird dieser Prozeß jedoch auch tendenziell den Marktzutritt erschweren, weil "newcomers" nunmehr gezwungen sind,

---

1) Brown Shoe Company v. U.S., a.a.O., S. 334
2) Annual Report of the Alpha Portland Cement Company, S. 4, zit. n. Staff Report to the Federal Trade Commission, Economic Report on Mergers and Vertical Integration in the Cement Industry, Washington D.C., April 1966, S. 3

sich möglichst auf zwei Marktstufen gleichzeitig zu etablieren.[1] Zwar geht auch Comanor auf diese Folge ein, doch er beschränkt sie, wenn er ausführt: "This result, however, requires the additional condition that firms limit their supply and purchasing relationships to internal sources and refrain from dealing with external suppliers and customers."[2] Da diese Bemerkungen lediglich ein mögliches Marktverhalten beschreiben, können sie kaum als tatsächlich relevante Einschränkung des genannten Problems gewertet werden. Aus den hier angestellten und auch empirisch nachgewiesenen Überlegungen spricht vielmehr eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß die vertikale Integration der nachgelagerten Handelsstufe durch einen Produzenten die entsprechende Verhaltensweise seiner maßgebenden Konkurrenten nach sich zieht.

Die daraus resultierende "Durchkonzentrierung" bedingt aber weitere Impulse: Unter der realistischen Annahme einer Produktdifferenzierung auf der Produktionsstufe sind dieselben Unternehmen auf der Handelsstufe nicht sofort in der Lage, sich von dem ihnen zugeordneten Teil dieser Stufe gegenseitig auszuschließen, weil der Verbraucher in den Endverkaufsstellen jeweils ein gewohntes Angebotssortiment vorzufinden wünscht. Im Zeitablauf ist hingegen ein anhaltender Verdrängungsversuch gegenüber den Fremdprodukten zu erwarten, der immerhin dann erfolgreich sein kann, wenn die Nachfrage nach diesen Konkurrenzprodukten infolge entsprechender Werbung und der Produktion von Substituten nachläßt. Schließlich wird auf diese Weise die weitgehend durchintegrierte Handelsstufe so ausgebaut sein, daß sie die eigene Produktion unter Ausschluß von Konkurrenzprodukten optimal zu vertreiben imstande ist.

Wer nunmehr auf der Handelsstufe den Markt betreten will, wird unter den gegebenen Umständen allenfalls mit kleineren Produzenten ins Geschäft kommen können, die sich nicht auf der Handelsstufe engagieren konnten. Allerdings wird deren Angebotssortiment regelmäßig nicht ausreichend konkurrenzfähig

---

1) So auch E. Heuß, Konzentration ..., a.a.O., S. 564
2) W.S. Comanor, a.a.O., S. 260

sein, so daß eine eigene Produktion des Zutretenden eine notwendige Erfolgsvoraussetzung wird. Analog verhält sich die Zutrittsbedingung unter solchen Konstellationen für den, der sich auf der Produktionsstufe etablieren will. Denn er wird nur mit kleinen, wenig leistungsfähigen, aber ungebundenen Händlern einen konkurrenzfähigen Betrieb nicht aufbauen können und schließlich gezwungen sein, eine eigene Handelsorganisation zu entwickeln.[1)]

Dieses doppelte Engagement bedingt aber in allen Fällen sowohl einen wesentlich größeren Kapitalbedarf als auch ein doppeltes Risiko. Bain bezeichnet solche Umstände als "artificial impedements" und schreibt dazu: "A final source of absolute cost barriers to entry is found in the size of capital requirements for efficient entry ... Disintegration and the prohibition of integration in cases where real diseconomies would not result therefrom may not only lessen the scale economy barrier to entry but also reduce the effective absolute capital requirements for entry very significantly, thus lowering the barrier to entry."[2)]

Heuß geht mit seinen Einwänden gegen die vertikale Konzentration noch weiter und behauptet, daß "dadurch weite Bereiche einer Volkswirtschaft der Marktkontrolle entzogen werden."[3)] Es ist aber fraglich, ob dieser These in ihrer definitiven Form zuzustimmen ist. Theoretisch und praktisch liegt das Prinzip der Marktkontrolle darin, daß ein freier Konsument souverän über Angebote befindet, die selbständige und für ihren Gewinn produzierende Unternehmer zu Verfügung stellen. Unter der Idealannahme dieses Verbrauchertyps wird eine für eigenen Profit wirtschaftende Unternehmerschaft auch bei vertikaler Konzentration an ihm nicht "vorbeiproduzieren" können und wollen, ohne zugleich Verluste hinnehmen zu müssen. Wenn in der Praxis der Verbraucher auch nicht immer besonders

---

1) Vgl. dazu H.O. Lenel, Ursachen ..., a.a.O., S. 244 ff m.w.N.
2) J.S. Bain, Barriers to New Competition, a.a.O., S. 215
3) E. Heuß, Konzentration ..., a.a.O., S. 563

kritisch und rational handelt[1], und wenn beispielsweise der selbständige Handel gegenüber der Produktionsstufe eine Vorauslese trifft, so kann zwar bei vertikaler Konzentration mehrerer Marktstufen aufgrund zunehmender interner Inflexibilität hierarchischer Entscheidungseinheiten von einer tendenziellen Verringerung der Marktkontrolle gesprochen werden, kaum aber von deren Aufhebung.[2]

Die Gesamtheit dieser wesentlichen Eigenschaften und Auswirkungen der vertikalen Konzentration läßt erkennen, daß sie einer unmittelbar wettbewerblichen Beurteilung weitaus weniger zugänglich ist als die horizontalen Zusammenschlüsse. Begriffe wie "Marktbeherrschung" und "Wettbewerbsbeschränkung" lassen sich allenfalls mittelbar ableiten, weil der vertikale Zusammenschluß zunächst nur das Vorfeld der Marktstellung berührt. Erst deren Ausnutzung und Veränderung bewirkt jene neuen, wettbewerbsrelevanten Ergebnisse, die im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung durch das Bundeskartellamt regelmäßig noch nicht vorliegen und auch nicht prognostizierbar sind.

Als sichere Folge solcher Lebenssachverhalte ist jedoch festzustellen, daß Teile eines vor- oder nachgelagerten Marktes im Zuge einer vertikalen Konzentration absorbiert werden, und daß dieser Vorgang sich sowohl auf dem angestammten, als auch auf dem neubetretenen Markt auswirken kann. Wenn also der Unternehmer a des Marktes A sich das Unternehmen b des Marktes B vertikal angliedert, so ist zunächst offen, ob diese Konzentration die Marktposition auf dem Markt A oder B oder auf jedem dieser Märkte stärkt. Das Hauptproblem liegt demnach in der Feststellung, wo sich der Vorgang tatsächlich freiheitsbeschränkend auswirkt, indem einsatzfähige Machtpotenzen geschaffen werden. Augenscheinlich hängt die Problemlösung davon ab, wo sich die Marktstellung im Verhältnis zur bisherigen Konstellation besonders stark verändert hat und demzufolge freiheitsbeschränkend eingesetzt werden kann. Die

---

1) Vgl. T. Scitovsky, Ignorance ..., a.a.O., S. 45 ff
2) vgl. P. Meyer-Dohm, Der Verbraucher in der Marktwirtschaft, Wirtschaftsdienst 1966, S. 166 ff, 169 f

Wirkung einer vertikalen Konzentration ist deshalb immer simultan für beide Marktstufen festzustellen und an dem vorher zu bildenden Maßstab zu messen.

Als eine Methode, die gegenüber allen bekannten Meßansätzen für dieses Phänomen besonders geeignet erscheint, ist das Adelmansche Konzentrationsmaß zu nennen.[1] Dieses Maß stellt auf die Nettowertschöpfung[2] pro Umsatzeinheit ab. Je größer diese Wertschöpfung pro Umsatzeinheit ist, desto stärker ist ceteris paribus die vertikale Konzentration. Dies mag das folgende Beispiel verdeutlichen:

Merkmale \ Unternehmen	a	b	a+b
Vorleistungen	100	200	100
Wertschöpfung	100	100	200
Umsatz	200	300	300
$\frac{\text{Wertschöpfung}}{\text{Umsatz}}$ = Adelman Maß	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{2}{3}$

Die gestrichelte Linie kennzeichnet die Verkäufe von a an b, die für ihn Vorleistungen sind.

Wir sehen also, daß sich für a vor der vertikalen Integration ein Wert von $\frac{1}{2}$ und für b ein solcher von $\frac{1}{3}$ ergibt. Nach der entsprechenden vertikalen Konzentration ist für die fusionierten Unternehmen ein Wert von $\frac{2}{3}$ feststellbar. Dieser Wert ist zwar für sich nur in Bezug zu den vorangegangenen Werten aussagefähig, kann jedoch darüberhinaus in eine Beziehung zu den durchschnittlichen Relationen gesetzt werden, die an den Märkten A bzw. B für die dortigen Unternehmen maßgeblich waren. Auf diese Art und Weise könnte der Grad der Veränderung bzw. des Abweichens als Maßstab für das Eingreifen gesetzlicher Beschränkungen gewählt werden. Da dieses Maß gleichzeitig für die beiden berührten Märkte A und B festzustellen wäre, löste sich auch unschwer das Problem, auf welchem der Märkte überhaupt eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation und damit die Freiheitsbeschränkung festzustellen ist. Hinzu kommt,

---

1) Vgl. M.A. Adelman, Concept and Statistical ..., a.a.O., S. 281 ff

2) = Summe aller Faktoreinkommen wie Löhne, Gehälter, Renten, Zinsen, Unternehmereinkommen und Gewinne

daß die für die Wertschöpfung relevanten Größen wesentlich leichter und exakter zu ermitteln sind als die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB genannten Merkmale wie "Finanzkraft", "Verflechtungen" usw., die ebenfalls ohne jede innere Maßstäblichkeit sind und deshalb auch nur in Gegenüberstellung zu entsprechenden Durchschnittsgrößen des jeweiligen Marktes herangezogen werden könnten.

Wenn es nun um die Frage des Maßstabes geht, die hier nicht abschließend beantwortet werden kann, weil sie entsprechende Marktuntersuchungen voraussetzt, so muß allgemein zumindest die herausgearbeitete Feststellung berücksichtigt werden, daß für vertikale Konzentrationen erhebliche weniger sachliche "Notwendigkeiten" sprechen als für horizontale Zusammenschlüsse. Der als Maßstab festzusetzende Prozentsatz der Veränderung des durchschnittlichen marktbezogenen Adelman-Maßes sollte deshalb mit Rücksicht auf das Schutzgut eher niedriger als höher angesetzt werden. Da eine vertikale Konzentration nach bisheriger Erfahrung stets die Beteiligung einer Unternehmung der gehobenen Größenkategorie voraussetzt, könnte das Adelmansche Kriterium aus Praktikabilitätsgründen durchaus mit einem absoluten Aufgreifkriterium kombiniert werden, ohne daß in diesem Falle damit eine partikuläre Preisgabe des Freiheitsschutzes oder prinzipieller Ordnungsgedanken verbunden wäre. Welche Größenordnung hier einschlägig sein könnte, müßte allerdings ebenfalls durch eine entsprechende Analyse bisheriger vertikaler Konzentrationen ermittelt werden.

Abschließend muß noch darauf hingewiesen werden, daß der prinzipielle Nachteil dieses Adelman-Maßes darin liegt, daß es für einen Branchenvergleich nicht herangezogen werden kann, weil beispielsweise der Wert für die Handelsstufe gegen null, hingegen für die Urproduktion gegen eins tendiert. Auf einen solchen Vergleich kommt es bei der vertikalen Konzentration aber auch nicht an. Wenn sich ein Betrieb der Urproduktion bei einem Adelman-Koeffizienten von o,8 einen Handelsbetrieb mit einem entsprechenden Wert von o,1 angliederte und der jeweilige Marktdurchschnitt vorher o,9 bzw. o,2 betragen hätte,

dann wäre dieser Vorgang zwar für den Bereich der Urproduktion relativ unerheblich, nicht aber für die Handelsstufe. Hier würde das zusätzliche Wertschöpfungs-/Umsatzpotential der Produktionsstufe die bisherigen Kräfteverhältnisse derartig verändern, daß die Freiheitsgrade der anderen Marktteilnehmer in einem erheblichen Umfange beeinträchtigt wären.

Bei entsprechenden Regelungsansätzen wäre demnach gewährleistet, daß der zu regelnde Lebenssachverhalt praktikabel und sachgerecht erfaßt würde, wie auch bei entsprechender Wahl des Maßstabes der Freiheitsschutz sichergestellt werden könnte.

III. Die wesentlichen Merkmale diagonaler Zusammenschlüsse

Diese Zusammenschlußart ist selbst für die mit Zusammenschlüssen seit langem beschäftigte amerikanische Antitrustpolitik ein weitgehend ungesichertes Erkenntnisobjekt.[1] Auf der einen Seite gelten als konglomerale Zusammenschlüsse all die, die weder vertikal noch horizontal ausgerichtet sind - auf der anderen Seite sind sie aber häufig besonders schwer zu trennende Grenzfälle einer solchen vertikalen oder horizontalen Konzentrationsform. Auch die von Zohlnhöfer aus der amerikanischen Terminologie übernommene Trennung konglomeraler Fusionen in "Markterweiterungs-, Marktverkettungs-, Marktdiversifikations-"[2] Zusammenschlüsse kennzeichnet mehr die Problematik, als daß sie sie einer Lösung näherbringt.

Bei der hier vorgeschlagenen Tatbestandsdifferenzierung wird es sich deshalb nicht umgehen lassen, den Entscheidungsgremien eine Qualifizierung der Zusammenschlußrichtung nach dem Gesichtspunkt einer überwiegenden Zugehörigkeit aufzubür-

---

1) Vgl. J.M. Blair, The Conglomerate Merger in Economics and Law, Georgetown Law Journal 1957/58, Bd 46, S. 672 ff; G.E. Hale, Diversification: Impact of Monopoly Policy upon Multi-Product Firms, University of Pennsylvania Law Review 1949/5o, Bd 98, S. 32o ff

2) vgl. W. Zohlnhöfer, a.a.O., S. 37 f

den. So wären als horizontale Konzentration all die Zusammenschlüsse relevant, die die Aufnahme von Substituten betreffen. Innerhalb der Automobilindustrie wäre demnach der Zusammenschluß zweier Firmen mit PKW-Produktion verschiedener Klassen horizontal zu bewerten, da die Marktgrenzen wegen steigender Einkommen hier fließend sind. Die Aufnahme eines Traktor-Produzenten wäre hingegen als konglomeraler Zusammenschluß zu klassifizieren.

Die Anwendbarkeit der vertikalen Zusammenschlußregelung sollte in Abgrenzung zu konglomeralen Fusionen auf die Fälle beschränkt bleiben, die die unmittelbar vor- oder nachgelagerte Stufe betreffen, um auf diese Weise die Möglichkeiten des "reciprocal dealing" von vornherein der konglomeralen Zusammenschlußregelung zuzuweisen. Dabei ist unter reciprocal dealing die Form unternehmerischer Marktstrategie zu verstehen, die eine Zangenwirkung auf die unmittelbar vor- oder nachgelagerte Stufe dadurch zu erreichen sucht, daß eine Fusion mit dem Belieferer eines eigenen Lieferanten oder dem Kunden eines eigenen Abnehmers vollzogen wird. In einigen Fällen ist es auch hier den amerikanischen Behörden möglich gewesen, die entsprechenden marktstrategischen Absichten nachzuweisen und damit ein Urteil begründen zu können. So erwarb die General Dynamics Corporation die Liquid Carbonic Corporation, deren potentielle Abnehmer zu 75 % Zulieferer von General Dynamics waren. Mit dieser Sachlage begründete auch der Präsident der General Dynamics den Zusammenschluß: "Liquid's management would have at its disposal the entire purchasing power of General Dynamics' other divisions for reciprocal business purposes ... the advantage of this reciprocity would be of unlimited value in getting a load on our plants both old and new."[1)]

Fälle solchen reciprocal dealings können zwar unmittelbar auf wettbewerblicher Basis beurteilt werden, doch wird der Nachweis bei ihnen nur selten so leicht sein wie im ge-

---

1) U.S. v. General Dynamics Corporation, 246 f. Supp. (1965), S. 161

schilderten Fall, und vor allem sind sie keineswegs die einzigen Fälle im Rahmen konglomeraler Zusammenschlüsse. Vor allem die "echt" diversifizierenden Zusammenschlüsse zeigen, wie wenig die Beurteilung konglomeraler Integrationen von unmittelbar wettbewerblichen Gesichtspunkten getragen werden kann. Hier geht es darum, daß sich ein finanz- und meist auf bestimmten Märkten zumindest marktstarkes Unternehmen in mehr oder weniger "artfremden" Produktions- oder sonstigen Wirtschaftszweigen einkauft, zu denen es bisher kaum bzw. keine wettbewerblichen Beziehungen hatte.[1)]

Zunächst mögen zwei Zitate die Komplexität dieses Sachverhaltes und seiner Entwicklung umreißen: "As late as 189o, Marshall could view the life history of the firm as a silhouette of that of man in an age of high infant mortality: the firm began as a small venture; if it survived the early years it straggled along or grew at a rate governed by the enterpreneur's ability - occasionally reaching large size if his ability was extraordinary or his children's abilities great - but eventually it languished into obscurity and then into oblivion."[2)]

Dieses Bild hat sich jedoch sehr verändert. Wie sehr Marktgebilde inzwischen zielstrebig zu einer unantastbaren Verselbständigung gelangen, zeigen im Gegensatz zu dem vorangegangenen Beispiel die folgenden Ausführungen: "The historical study made of General Motors' growth in the production of passenger cars revealed a record, in the early days of the company, of putting together various competing producers of cars to form the nudeus of the present corporation and readiness to expand its market share by purchase. Subsequent acquisitions in the automative field were devoted mainly to purchasing producers of component parts. General Motors entered the bus, diesel and earth-moving machinery industries by the acquisition of existing successful firms ...

---

1) Vgl. Justice Harlan, a.a.O., S. 44o ff
2) G.J. Stigler, Monopoly and Oligopoly ..., a.a.O., S. 23 unter Bezugnahme auf Marshall's Principles of Economics, 8th Ed., London 192o, Book IV, Ch. XI, XII

In the acquisition of the Euclid Road Machinery Co. General Motors most recently utilized its financial ability to enter an industry by purchase, even though it was capable of doing so by internal expansion ... It is obvious from the history of the company's activities in other industries that it has the intention of assuming a major role in the earth--moving machinery field. The ability of General Motors to employ its financial strength to secure a dominant position in the bus and diesel locomotive fields forecasts the company's intention and methods in any field it enters. In both buses and diesel locomotives it was shown that General Motors was able to give liberal financing terms through its financial affiliates ... which was of inestimable advantage in securing a favored market position."[1)]

Allein diese Gegenüberstellung kann verdeutlichen, daß es hier in erster Linie um ein ordnungs- und gesellschaftspolitisches Problem geht, dessen Wettbewerbsnähe allenfalls in Fällen des reciprocal dealing nachweisbar ist, ansonsten aber doch überwiegend im Bereich hypothetischer Deduktionen bleibt. Dabei liegt die ordnungspolitische Problematik vorrangig in der Finanzpotenz großer Unternehmen, die geeignet ist, die Grundlagen der Marktprozesse zu pervertieren.

Diese Marktprozesse beschreibt Heuß in seiner umfassenden "Allgemeinen Markttheorie"[2)] im wesentlichen dahingehend, daß initiative Unternehmer ein Produkt und einen Markt kreieren und mit diesem Produkt typische Marktphasen durchlaufen. Sobald das Produkt von anderen risikofreudigen Unternehmern als zukunftsträchtig erkannt worden ist und rechtliche Hemmnisse wie beispielsweise Patente nicht entgegenstehen, werden diese Imitatoren mit ähnlichen Produkten den Markt zusätzlich versorgen und dabei die Monopolrente des "Pioniers"

---

1) U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust and Monopoly, Report: Bigness and Concentration of Economic Power - A Case Study of General Motors Corporation, Washington D.C. 1956, S. 9 f; vgl. auch E.T. Penrose, The Theory of the Growth of the Firm, Oxford 1959, S. 191 ff

2) E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, a.a.O.

zugunsten der Konsumenten abbauen. Überdies steuern sie häufig neue Ideen bei und bewirken so eine tendenzielle Verbesserung des Produkts und der Produktionsprozesse.[1] Bei einem normalen Verlauf dieser Eröffnungs- und Ausweitungsphase eines Marktprozesses ist es nun in aller Regel so, daß der Pionier anfangs nicht übermäßig viel Kapital in sein Produkt investieren kann bzw. investieren will und die Kapazitäten entsprechend vorsichtig auslegt, um das Risiko eines Fehlschlages zu minimieren. Sobald aber das Produkt einschlägt und sich die Nachfrage expansiv entwickelt, ist der Pionier aufgrund seiner vorangegangenen Zurückhaltung gezwungen, der sich exzessiv entwickelnden Nachfrage nachzueilen. Dieser Umstand ermöglicht es den Imitatoren, den Markt erfolgreich zu betreten, weil sie nicht nur den Finanz- und Investitionsmöglichkeiten des Pioniers gewachsen sind, sondern wegen dessen zu geringer Kapazität auch sofort Marktanteile auf sich vereinigen können. Mit dem Zutritt der Imitatoren ist es dem Pionier regelmäßig nicht mehr möglich, seinen anfänglichen Vorsprung zu einer Monopolstellung auszubauen. Wenn nun ein solches Produkt wie beispielsweise das Auto auf eine lange Marktvergangenheit zurückblicken kann, so findet diese anfängliche Entwicklung schließlich ihr Ende in einer relativ stark konzentrierten Industrie; Großunternehmen beherrschen den Markt, der Zutritt ist in aller Regel nur unter hohem Kapitalaufwand möglich und selbst dann wegen des hohen Ausreifungsgrades des Produktes wenig erfolgversprechend.

Dieser Marktablauf kann jedoch in einer Welt ständigen technischen Fortschritts als weitgehend unproblematisch angesehen werden, weil unablässig neue Märkte über neue Produkte und Dienstleistungen kreiert werden und befähigte Unternehmerpersönlichkeiten der jüngeren Generation zumindest in den neu erschlossenen Bereichen als Pionier wie auch als Imitator tätig werden können. Problematisch ist die Entwicklung hingegen dann, wenn die mittlerweile sehr großen und finanzstarken Unternehmen einer vorausgegangenen und weitgehend ab-

---

1) Vgl. auch A.L. Reuter, a.a.O., S. 45, 46

geschlossenen Marktentwicklung die Möglichkeit haben und wahrnehmen, die Pionierleistung auf einem ihnen an sich fremden Gebiet spätestens bei einem zukunftssicheren Reifegrad aufzukaufen und anschließend mit Hilfe ihrer Finanzkraft über weitere Investitionen Zusatzkapazitäten zu errichten, die der sich expansiv entwickelnden Nachfrage stets voraus sind.[1] Auf diese Weise wird den Imitatoren tendenziell ihre Marktfunktion verbaut, da sie weder in diese neuen Märkte einsteigen können und erst recht nicht aus den schon genannten Gründen in die angestammten Märkte dieser "marktkaufenden" Unternehmen eindringen können. Dies hat zur Folge, daß die Monopolisierungsgeschwindigkeit auf den neuen Märkten extrem erhöht wird. Wenn wir in diesem Zusammenhang auf das Beispiel von Marshall zurückgreifen, so erweist sich ein solcher Vorgang als ein biologisch ungerechtfertigtes Fortbestehen alter und absterbender Marktexistenzen zu Lasten jüngerer Marktteilnehmer, denen der Lebensraum und die Entfaltungsmöglichkeit beschnitten wird.

Von besonderer Bedeutung ist außerdem, daß auch dieser Prozeß kumulativen Charakter hat. Denn die Gewinne aus neu "gekauften" Märkten sind wegen der sofort vorhandenen Marktmacht und der explosiven Nachfrage sehr hoch und ermöglichen zusammen mit den Gewinnen der "Ursprungsbranche", die wegen der dort häufig sehr starken Konzentration auch nicht niedrig sind, einen ständig umfangreicher werdenden "Einkauf" in neu entwickelte Märkte. Die Kumulation dieser Prozesse wird noch dadurch gefördert, daß die Beteiligten wegen ähnlicher Strategien anderer Großunternehmer sowohl der eigenen als auch anderer Branchen immer früher Einfluß auf solche neuen Märkte nehmen müssen, um der "Konkurrenz" auf diesem Gebiet zuvorzukommen. In diesem Zusammenhang sind die gem. § 2o2 AktG genehmigten Kapitalien interessant, die häufig für Umtauschaktionen geplant sind und auch eingesetzt werden. Sie erreich-

---

1) Vgl. C.D. Edwards, Big Business and the Policy of Competition, Cleveland 1956, S. 44 ff; T.K. Quinn, Giant Business: A Threat to Democracy, New York 1953, S. 116, 117; D. Hamberg, Invention in the Industrial Research Laboratory, J.P.E. 1963, Vol. 71, a.a.O., S. 1o2

ten 1969 bei 16 größeren Unternehmen ohne den Automobilsektor nominal immerhin 973 Mio. DM.[1)]

Die Integration solcher besonders dynamischer Marktprozesse in den "Hoheitsbereich" großer Unternehmen widerstreitet ordnungspolitisch insbesondere dem § 1 GewO, der jedermann das Recht gibt, ein Gewerbe zu betreiben, soweit das Gesetz nicht selber Beschränkungen vorschreibt.[2)] Anderenfalls würde zumindest langfristig den Konzernen faktisch die Stellung eingeräumt, die seinerzeit den Zünften durch dieses Gesetz versagt werden sollte, nämlich die Gewerbefreiheit zu beschränken.

Doch auch auf ausgereifteren Märkten ist das Auftauchen von Großunternehmen problematisch und zwar um so mehr, desto kleiner und stärker konzentriert diese Märkte sind. Sie versprechen meist wegen hoher Gewinnmöglichkeiten eine interessante Rendite auf das einzusetzende Kapital und eröffnen erheblichen wirtschaftlichen Einfluß auf aktuelle und potentielle Konkurrenten. In solchen Fällen wird nach Möglichkeit der Anbieter mit der stärksten Marktstellung aufgekauft und dadurch die bestehende Marktstruktur noch mehr verhärtet und der Monopolisierungsgrad an diesem Markt wegen der gesteigerten Fähigkeit zu einem Verdrängungswettbewerb erheblich gesteigert. Dabei bestünde für solche aufkaufenden Unternehmen durchaus die alternative Möglichkeit, einen Marktzutritt im Zuge internen Wachstums durchzuführen. Bei diesem Vorgehen würde in aller Regel der volkswirtschaftlich sinnvolle Effekt zusätzlicher Kapazitäten zu einem Abbau überhöhter Gewinnmargen[3)] und dem gleichzeitigen Aufbruch verhärteter Marktstrukturen führen.

Die von den aufkaufenden Unternehmen verfolgte Ausschaltung "potentieller Konkurrenz" wird von den amerikanischen Behörden als immerhin wettbewerbsbezogener Gesichtspunkt gern zum Aufhänger eines Fusionsverbotes gemacht. So äußerte die

---

1) Entnommen aus "Rund um die Börse 1969" der Commerzbank AG, S. 18; vgl. auch ibid. 1970, S. 16

2) vgl. dazu besonders H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 194 f

3) vgl. J.M. Blair, The Conglomerate Merger in Economics and Law, in: Hearings, a.a.O., Part 3, S. 1418

Federal Trade Commission in einem Fall u.a.: "any acquisition of a not insubstantial dairy company by one of the industry's giants ... is highly suspect".[1] Für die allgemein relevanten Fälle diagonaler Zusammenschlüsse kann dieser Gesichtspunkt jedoch nicht überbewertet werden, weil es sich in dem soeben genannten Sachverhalt um einen "Markterweiterungszusammenschluß" und damit um den Grenzfall eines horizontalen Zusammenschlusses handelte.

Neben solchen markt- und ordnungspolitischen Nachteilen, die zumindest im Endeffekt häufig einen erheblichen Einfluß auf die Wettbewerbsverhältnisse haben, stehen die gesellschaftspolitischen und allgemein wirtschaftspolitischen Probleme konglomeraler Machtgebilde. Aufgrund ihrer Macht und Intention sind sie in der Lage, umfassend für Dritte den faktischen Zwang zu begründen, sich in Abhängigkeitsverhältnisse begeben zu müssen. Schließlich haben sie sogar die Macht, wirtschafts- und strukturpolitische Entscheidungen zugunsten der Allgemeinheit in ihrem Sinne aufzuschieben, abzuändern oder sogar zu verhindern.[2] So wird beispielsweise gegenüber den Versuchen von H.J. Abs, zweimal die Aufwertung der DM zu verhindern, häufig beschwichtigend darauf hingewiesen, daß er dabei nicht erfolgreich gewesen sei. Doch schon der Einfluß, eine solche gebotene Maßnahme zu verschieben, führte, wie der Sachverständigenrat mehrfach darlegte, zu erheblichen volkswirtschaftlichen Verlusten.[3] Selbst Galbraith, ansonsten ein Befürworter hochkonzentrierter Industrien, sieht in solchen Möglichkeiten der Einflußnahme erhebliche gesellschaftspolitische Gefahrenmomente, da sie zu einem Interessenmonopol der Industrie führen können. Dies ist auch um so naheliegender,

---

1) Zit. n. R. Pitofski u. I.M. Millstein, Trade Regulation, in: Annual Survey of American Law 1965, New York 1966, S. 121

2) vgl. zu diesem Problemkreis auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats: Zusammenwirken staatlicher und nichtstaatlicher Kräfte im Bereich der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung, Gutachten Bd 6, Göttingen 1966, S. 67 f

3) vgl. Jahresgutachten 1967, BT-Drucks. V/231o, Nr. 221 ff, 429 ff; Sondergutachten Juli 1968, BT-Drucks. V/4574, S. 14 f

desto mehr die politischen Instanzen mit Lobbyisten durchsetzt sind, die als Handlungsarme der "pressure groups" unmittelbar an den Entscheidungen teilnehmen.[1)]

Gegenüber solchen Nachteilen konglomeraler Zusammenschlüsse bedarf es allerdings noch eines Eingehens auf ihre möglichen Vorteile. So führt beispielsweise Kantzenbach an: "Ein wesentlicher Wettbewerbsvorteil dieser Konzernart liegt in dem sog. Mischkalkulationsspielraum, d.h. in der Möglichkeit, Gewinne aus dem Absatz eines Produktes zur Kompensation von Verlusten aus dem Absatz eines anderen Erzeugnisses einzusetzen."[2)]

Zunächst ist aber festzustellen, daß es sich hier entgegen den "economies of scale" um ein nicht quantifizierbares Argument handelt, das deshalb als positives Beurteilungskriterium von vornherein ausscheiden muß. Immerhin wirft sich in diesem Zusammenhang die Frage auf, in welchem Umfange Diversifikation hinsichtlich meist ungewisser Verluste angebracht und vertretbar ist. Außerdem bleibt völlig offen, ob diese Diversifikation nicht nur für die Unternehmen, sondern auch für die Volkswirtschaft von Vorteil ist. Hier muß nach wie vor von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß Verluste aus einer Produktion in aller Regel auf unternehmerischen Fehlplanungen beruhen, weil entweder völlig falsch disponiert wurde, oder aber die Kosten gegenüber dem tatsächlichen oder möglichen Marktpreis mangels Rationalisierung usw. zu hoch sind. Systematische Preisunterbietungen, wie sie Kantzenbach bei seinem Beispiel vorschweben[3)], dürften in solchen Fällen höchst selten die eigentliche Ursache für Verluste sein. Denn abgesehen von den Fällen eines "cut throat competition" haben auch solche Preisunterbietungen ihre Ursache zumeist in einer am Markt auftauchenden kostengünstigeren Produktion. Selbst Kantzenbach bezeichnet an anderer Stelle die systematische Preisunterbietung zwischen Großunternehmen, um die es auch hier geht, als Seltenheit.[4)]

---

1) Vgl. J.K. Galbraith, Gesellschaft im Überfluß, Knaur-Taschenbuch 1963, S. 269 ff
2) E. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit ..., a.a.O., S. 123
3) ibid., S. 124
4) ibid., S. 46

Gerade in den hier verfolgten Regelfällen verlangt nun aber das Prinzip der Marktwirtschaft, daß ein Gut bzw. sein Produzent vom Markt verschwindet, wenn er es nicht zumindest kostendeckend anbieten kann. Dies ist schlechthin das zwangsläufige Korrelat der Unternehmerfreiheit, so daß im Falle eines falschen Freiheitsgebrauchs das volle Risiko bis zur Existenzvernichtung getragen werden muß.[1] "Dieses Prinzip der freien Wirtschaft ist zuweilen grausam und von Gerechtigkeit oft weit entfernt. Aber daß es ungemein wirksam ist, hat die Geschichte der freien Wirtschaft bewiesen."[2] Dieses Prinzip zwingt den Unternehmer, sich ständig den neuesten Marktdaten anzupassen und sich rechtzeitig umzustellen, um absehbare Verluste zu vermeiden. Außerdem ist es der geradezu grundlegende Bestandteil für eine wahre Konsumentensouveränität.

Die Verfälschung oder Aufgabe dieses Prinzips führt auch keinesfalls zu einer größeren Gerechtigkeit, sondern vermindert in hohem Maße die häufig angestrebte Effizienz der Wirtschaft. Denn die Möglichkeit zur Abdeckung bestimmter Verluste aus den Gewinnen anderer Produktionssparten führt zunächst zu einer tendenziellen Verminderung der Anpassungsflexibilität, weil der Zwang des Marktes nicht mehr existentiell ist.[3] Dieser Prozeß wird durch die aus der Konzentration resultierende Schwerfälligkeit riesiger Marktgebilde mit ihrer meist zentralen Organisation verstärkt. Schließlich bietet die Kantzenbachsche Maxime weder ex- noch implizit eine Gewähr dafür, daß Unternehmen die ihnen zugestandene Berechtigung zur Diversifikation nicht dahingehend ausnutzen, überall möglichst hohe Preise zu nehmen, um sich nicht nur für die aktuellen Verluste zu entschädigen, sondern um sich bereits gegen zukünftige Verluste abzusichern.

Einen weiteren Vorteil der Diversifikation sieht Kantzenbach in der Möglichkeit der Mischkalkulation, aus der er eine erhöhte defensive Wettbewerbsmöglichkeit und daraus eine eventuelle Erhöhung der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" ab-

---

1) Vgl. E. Schmalenbach, Der freien ..., a.a.O., S. 24 f
2) ibid., S. 25
3) H.-W. Staratzke, Plädoyer für eine Monopolkommission, Volkswirt 1969, Nr. 46, S. 38

leitet.[1] Jedoch vermag auch diese Folgerung nicht in einem allgemein gültigen Sinne zugunsten konglomeraler Fusionen zu überzeugen. Denn unter der Annahme, daß die Strategie der Diversifikation im geschilderten Sinne für die Unternehmen vorteilhaft ist, wird man eingestehen müssen, daß sie dann auch von allen genügend finanzstarken Unternehmen als Strategie betrieben wird. Solche Unternehmen gehören aber regelmäßig zu einer Größenordnung, bei der man besonders zur "Verständigung" neigt. Wenn man weiter als Sinn dieser Strategie möglichst hohe Gewinne in gewinnträchtigen Branchen unterstellt, um mit ihnen potentielle oder aktuelle Verluste in anderen Bereichen abzudecken, so ist es in Anbetracht der gesteigerten Verständigungsbereitschaft unwahrscheinlich, daß eine anhaltende Intensivierung des Wettbewerbs eintritt. Denn höherer Wettbewerb führt regelmäßig zu niedrigeren Gewinnen und damit zu einer Verminderung der Möglichkeit zur Verlustkompensation. Eine Zunahme des Wettbewerbs würde demgemäß der Sinn- und Vorteilhaftigkeit der Diversifikation widersprechen. Es ist deshalb viel eher zu erwarten, daß die geringe Wettbewerbsintensität auf den ausgereiften Ursprungsmärkten zum Zwecke der Stabilisierung der Gewinnmargen auf die "gekauften" Märkte übertragen wird, um auch die dortigen Gewinnverhältnisse zugunsten des Gesamtunternehmens zu festigen. Die erstaunliche Preisinflexibilität der letzten Rezessionen wäre auch aus dieser Perspektive teilweise zu erklären.[2]

Schließlich ist eine gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit auch nicht aus sozialen Gesichtspunkten zu erhärten, indem beispielsweise darauf verwiesen wird, daß durch das Prinzip der Diversifikation Produkte zu sozialen Preisen angeboten werden könnten, die ohne Gewinnausgleichsmöglichkeit erheblich teurer sein müßten. Schon vom Ansatz her ist ein freies Unternehmertum ein zweifelhafter Adressat für den Ausgleich sozialer Belange. Außerdem ist auch dieser Ausgleich ähnlich dem Verlustausgleich hinsichtlich seiner Notwendigkeit und

---

1) E. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit ..., a.a.O., S. 124

2) B. Molitor, Rückblick ..., a.a.O., S. 432

Angemessenheit nicht quantifizierbar. Auch hier ist deshalb von dem marktwirtschaftlichen Grundprinzip auszugehen, daß der Markt zwar die Konsumwünsche des Verbrauchers zu erfüllen hat, daß aber die Produktion prinzipiell einzustellen ist, wenn dieser nicht bereit ist, einen produktionsnotwendigen Preis zu zahlen. Sollte die Produktion wirklich aus sozialen Gründen aufrechtzuerhalten sein, so ist es die Aufgabe des Staates, dieses Problem durch Subventionen im Interesse einer gerechten Lastenverteilung zu lösen. Es geht aber nicht an, die Konsumenten anderer Güter, die möglicherweise nur einen geringen Teil der Allgemeinheit repräsentieren, über die Entrichtung überhöhter Preise zu den Trägern dieser Soziallasten zu machen.

Mit diesen Ausführungen ist nicht beabsichtigt, die Diversifikation als solche zu verpönen. Es ist den Unternehmen grundsätzlich zuzugestehen, sich auch auf nicht angestammten Gebieten zu engagieren und die Risiken nach dem Investmentprinzip zu streuen.[1] Es besteht aber keine gesamtwirtschaftliche Veranlassung, diese Möglichkeit über Zusammenschlüsse mit all den zu erwartenden und beschriebenen Nachteilen einzuräumen. Den Unternehmen bleibt ausreichender Spielraum zur Diversifikation selbst dann, wenn man sie auf den Weg des internen Wachstums verweist. Zwar beinhaltet dieser Weg größere Hemmnisse und ist mit mehr Anstrengungen verbunden, doch gerade diese Umstände zwingen die an Diversifikation interessierte Unternehmung zu eingehenderer Überlegung und Vorsicht. Auch gesamtwirtschaftlich ist das interne Wachstum der sinnvollere Weg, weil verhärtete Marktstrukturen aufgebrochen, adäquate Beteiligungen an neuen Märkten errungen oder neue Märkte eigenständig kreiert werden. Selbst in diesen Fällen wären die Gefahren eventueller Monopolisierung je nach Marktform noch groß genug.[2]

Im hier vertretenen Sinne ist wohl auch Bain zu verstehen, wenn er schreibt: "Since established firms operating in

---

1) Vgl. W. Kartte, Wer gefährdet ..., a.a.O., S. 103
2) vgl. J.M. Blair, The Conglomerate ..., Hearings, a.a.O., S. 1418

other industries frequently have the least disadvantage of all potential entrants to a given industry in acquiring the requisite capital, we should perhaps go slow in frowning officially on expansion of large firms via diversification to enter new fields. To discourage or prohibit this sort of diversification may well tend to raise the barriers to entry to industries generally, with adverse effects on competition. This disadvantage of an anti-diversification policy vis-à-vis large firms must be weighed carefully against the alleged dangers of the growth of gigantic firms per se."[1)]

Diese Erörterungen zeigen, daß es keine erkennbare Notwendigkeit für Diversifikationen per Zusammenschluß gibt, die auch gesamtwirtschaftlich geboten sind, sondern daß es vielmehr sinnvoll ist, die an Diversifikation interessierten und zu ihr befähigten Unternehmen auf das interne Wachstum zu verweisen und sie so zum Motor neuer Wettbewerbsimpulse werden zu lassen. Gleichzeitig haben die angestellten Überlegungen auch gezeigt, daß gerade die konglomeralen Zusammenschlüsse nur in ganz engen Bereichen einer unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zugänglich sind. Die dabei auftauchende umfassende Problematik der Urteilsfindung weist eindringlich die "dissenting opinion" von Justice Harlan im Procter & Gamble/Clorox-Fall nach, obwohl es dort noch um einen verhältnismäßig einfach liegenden Fall ging.[2)]

Auf der anderen Seite ist die Unfähigkeit wettbewerbsrechtlicher Erfassung noch kein Indiz dafür, daß die konglomerale Konzentration die Freiheit zum Wettbewerb im Einzelfall nicht erheblich beeinträchtigt. Wägen wir aber von diesem Wert der Freiheit ausgehend ab, daß Effizienzen die Freiheit nicht dominieren können, und daß sie für den jeweils zu beurteilenden konglomeralen Zusammenschluß ebenso wenig konkretisierbar sind wie die Wettbewerbsbeschränkung selbst, so bleibt der Schutzanspruch der Freiheit ungemindert bestehen. Wenn überdies allen Unternehmen im Zuge interner Diversifi-

---

1) J.S. Bain, Barriers ..., a.a.O., S. 215; ähnlich H.O. Lenel, Schadet Konzentration dem Wettbewerb?, a.a.O., S. 45 f

2) vgl. Justice Harlan, a.a.O., S. 44o ff

kation das Betreten neuer Märkte bei wettbewerblich und gesamtwirtschaftlich grundsätzlich besseren Folgen nicht versagt ist[1], so wiegt die mögliche Freiheitsbeschränkung externer Zusammenschlüsse noch schwerer. Mangelnde wettbewerbliche Erfassung auf der einen Seite und nicht auszuschließende Freiheitsbeschränkung auf der anderen Seite verlangen im Zweifelsfalle eine klare Entscheidung zugunsten des Grundwertes unserer Gesamtordnung. Soweit im Sinne der vorangegangenen Erörterungen eine rechtssichere und zugleich einzelfallgerechte Erfassung der konglomeralen Sachverhalte nicht möglich ist, kann diese Entscheidung unter Beachtung des Prinzips der Rechtssicherheit nur in einem klaren Verbot dieser Zusammenschlußform liegen.

Im Gegensatz zur erfahrungsgemäß völlig unpraktikablen Anwendung eines Kriteriums wie "Marktbeherrschung" auf konglomerale Zusammenschlüsse sollte deshalb von bestimmten Größenordnungen an deren Verbot ins Auge gefaßt werden. Absolute Aufgreifkriterien rechtfertigen sich auch in diesen Fällen aus der Tatsache, daß grundsätzlich immer ein größeres Unternehmen an solchen Zusammenschlüssen beteiligt ist, so daß aus Praktikabilitätsgründen eine Marktbeobachtung wie auch ein Verbot nur in diesen Fällen nötig wären. Wo diese Größenordnung sachgerecht anzusetzen ist, kann auch hier nur aus einer Untersuchung über die Häufigkeitsverteilung der Zusammenschlüsse und der Größe der dabei beteiligten Unternehmen ermittelt werden. Nur dieser Ansatz wäre im hier vertretenen Sinne zieladäquat, weil nur er bei gegebenem Wissensstand gewährleisten kann, daß ein Grundwert unserer Ordnung wie bei dem Merkmal der Marktbeherrschung und anderen kumulativ zu verwendenden Abwägungsklauseln nicht nur zufälligen Schutz erlangt. "Man kann nicht einsehen, warum Opportunitätsüberlegungen für die Schranken gegenüber wirtschaftlicher Macht größeres Gewicht haben sollen."[2]

---

1) Vgl. auch E. Heuß, Konzentration ..., a.a.O., S. 564
2) R. Lukes, Wettbewerbsrecht ..., a.a.O., S. 600; ähnlich E. Heuß, Wettbewerb ..., a.a.O., S. 42; H.C. Nipperdey, Die Grundprinzipien ..., a.a.O., S. 1[illegible]

IV. Zusammenfassung

Die drei erörterten Zusammenschlußrichtungen haben eine nur in unterschiedlichem Grade feststellbare Wettbewerbsnähe und damit nur eine entsprechend eindeutige Einflußnahme auf die Wettbewerbsfreiheit. Ausgehend von Gesichtspunkten der Rechtssicherheit, der Sachgerechtigkeit und des Schutzgutes ist es unerläßlich, dieser Tatsache Rechnung zu tragen. Diese Anforderung erfüllt der vorliegende Supertatbestand nicht. Sein zentrales Kriterium Marktbeherrschung ist unter den soeben genannten Aspekten nur gegenüber horizontalen Zusammenschlüssen sachgerecht, zieladäquat, praktikabel und rechtssicher. Nach den Erfahrungen der amerikanischen Antitrustrechtsprechung[1] wird dieses Kriterium jedoch trotz seiner Konkretisierung durch § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Fällen vertikaler und erst recht konglomeraler Konzentration versagen.

So wie sich die Zusammenschlußrichtungen ihrer Natur nach zunehmend wettbewerblicher Erfassung entziehen, so müssen auch die anzuwendenden Kriterien von einer wettbewerblich-relativen in eine pragmatisch-schutzgutorientierte Richtung entwickelt werden. Während die vertikale Konzentration über das Adelman-Maß noch praktikabel, sachgerecht und zieladäquat im Einzelfall erfaßbar ist, entzieht sich der konglomerale Zusammenschluß jeder befriedigenden Einzelfallregelung. Da er gleichwohl die Gefahr einer Schutzgutverletzung mit sich bringt und eventuellen Sachzwängen die interne Diversifikation offensteht, ist hier lediglich ein totales Verbot zieladäquat und sachgerecht. Dabei sind aus Praktikabilitätsgründen innerhalb der letztgenannten Merkmale absolute Aufgreifkriterien deshalb akzeptabel, weil hier erfahrungsgemäß immer besonders große Unternehmen beteiligt sind. Die entsprechende Festlegung dieser Kriterien muß allerdings darauf abzielenden statistischen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

---

1) Vgl. C. Jones, Pragmatische Einstellung bei Fusionen in der britischen Industrie, Wirtschaftsdienst 1968, S. 32o ff

§ 2 Mögliche Auswirkungen verschärfter Regelungsansätze

Die Auswirkungen der hier herausgearbeiteten Vorschläge werden nun vor allem darin bestehen, daß im Falle entsprechender Regelungsansätze die interessierenden Lebenssachverhalte in stärkerem Umfange erfaßbar sind. Dadurch würde der Rechtssicherheit, der materiellen Gerechtigkeit und nicht zuletzt auch den im dritten Teil herausgearbeiteten Zielvorstellungen gedient. Eine in diesem Sinne effiziente Regelung ist geeignet, die Umgehung des § 1 GWB im relevanten Bereich zu verhindern und eine ungewollte Konzentrationsentwicklung zu kanalisieren. Gleichzeitig ermöglicht sie es, notwendige Wettbewerbsintensitäten aufrechtzuerhalten, und sie schafft darüber hinaus eine wesentliche Voraussetzung für eine möglichst konfliktlose Durchsetzung anderer rechts- und wirtschaftspolitischer Ziele, wie sie beispielsweise in § 1 StabG niedergelegt sind.

Die hier entwickelten Regelungsvorschläge sind aber nur dann politisch realisierbar und demnach in einem umfassenden Sinne geeignet, wenn die vorgenannte verstärkte Zielerreichung nicht unverhältnismäßige Nachteile in anderer Hinsicht mit sich bringt. Die Forderung nach verbesserten und zugleich verschärften Eingriffsmöglichkeiten in die Konzentrationsentwicklung darf also nicht mit Folgen korreliert sein, die zum erzielten Erfolg außer Verhältnis stehen. Bezüglich dieses Fragenkreises sind bereits im ersten Teil dieser Arbeit einige grundlegende Einwände gegen eine verstärkte Konzentrationskontrolle ausgeräumt worden. Doch ein in diesem Zusammenhang immer wieder in den Vordergrund gerücktes Problem bedarf noch einer Analyse: Führt eine verstärkte Kontrolle und Unterbindung der Konzentration zu einer Verminderung des technischen Fortschritts?

Diese zunächst ökonomische Fragestellung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil der technische Fortschritt in einer Welt knapper Ressourcen eine grundlegende Voraussetzung für wirtschaftliches Wachstum ist. Letzteres gilt aber zu Recht als eine notwendige Bedingung für die Lösung sozialer Probleme

wie auch für eine gerechtere Vermögens- und Einkommensverteilung. Unstreitig berühren diese Belange fundamentale Interessen des Menschen und sind letztendlich mit seiner "Würde" dermaßen verknüpft, daß es widersprüchlich wäre und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider liefe, wenn verschärfte Eingriffsmöglichkeiten zwar mehr Freiheits- und Entfaltungsspielräume sicherten, zugleich aber die Lösung anderer sozialer und wirtschaftlicher Konflikte und damit gleichwertige Probleme der Menschen in Frage stellten.

I. Zur Vereinbarkeit von technischem Fortschritt und verschärfter Fusionskontrolle

Verstärkte Eingriffsmöglichkeiten in den Konzentrationsprozeß verhindern ansonsten erreichbare Größenordnungen. Gerade zwischen Größe und technischem Fortschritt wird jedoch immer wieder eine starke Korrelation behauptet.[1] Dabei werden teilweise simplifizierende Kausalbeziehungen zwischen Größe, Kapitalaufwendungsmöglichkeiten sowie Forschungsintensität aufgestellt und gestützt mit Hinweisen auf die größeren Forschungsabteilungen, die bessere Verwertbarkeit der Ergebnisse und die Möglichkeit eines Risikoausgleichs innerhalb von Großunternehmen.[2] Eine solche einfache Kausalbeziehung verkennt jedoch den Menschen als Akteur des Erfindens durch eine zu große Ökonomisierung der Betrachtung. Das Erfinden ist keinesfalls nur vom finanziellen und technischen Input abhängig. Abgesehen von den notwendigen individuellen Fähigkeiten dürfte bei den "marktfähigen" Erfindungen besonders die Notwendigkeit zum Erfinden eine Rolle spielen[3] wie auch die Unmittelbarkeit des Kontaktes zwischen Erfindendem

---

1) Vgl. J.K. Galbraith, a.a.O., S. 47
2) vgl. G. Schätzle, Forschung und Entwicklung als unternehmerische Aufgabe, Köln-Opladen 1965, S. 167 ff m.w.N.; H.H. Villard, Competition, Oligopoly and Research, JPE 1958, Vol. 64, S. 483 ff
3) R.G. Lipsey, P.O. Steiner, Economics, 2nd ed., New York-London-Tokyo 1969, S. 266 ff, 268: "Necessity is the mother of invention."

und Unternehmer als demjenigen, der die Erfindung tatsächlich realisiert und das wirtschaftliche Risiko ihres Erfolges trägt.[1)]

Der Drang zu einer Erfindung und zu ihrer Realisierung wird ceteris paribus anders sein, je nachdem ob es sich um ein fest etabliertes Unternehmen handelt oder aber um einen Unternehmer, der in einem bestehenden Marktgefüge allenfalls auf der Basis einer neuen Erfindung eine echte Startchance hat.[2)] Diese Annahme gilt dann sicher auch für bereits bestehende Unternehmen, je nachdem ob sie geringem oder starkem Konkurrenzdruck ausgesetzt sind.

Schließlich lassen sich diese Überlegungen für das analoge Problem der Einführung bereits bestehender Erfindungen sogar empirisch belegen. So führt Reuter ein interessantes Beispiel an, wonach die amerikanischen Stahlgiganten das Sauerstoff-Blasverfahren erst "12 bzw. 13 Jahre nachdem der neue Prozeß der Stahlgewinnung zum erstenmal industriell angewandt und weltweit bekannt geworden war" anwendeten, während ein "Zwerg" der amerikanischen Stahlindustrie dieses Verfahren ca. 11 Jahre früher eingeführt hatte.[3)]

Der Grund für solche Zeitverzögerungen liegt vor allem darin, daß das einzelne große Unternehmen aus sich heraus keine Veranlassung sieht, noch taugliche und nicht abgeschriebene Kapazitäten durch modernere Anlagen zu ersetzen, nur weil ein rationelleres Produktionsverfahren am Markt auftaucht. Solange sich Unternehmen in einer hochkonzentrierten Industrie der gleichen Grundeinstellung ihrer wichtigsten Konkurrenten versichern können, läßt sich eine solche Einstellung auch praktizieren, und Änderungen werden allenfalls mittelfristig eintreten. Empirisch kann dieser Zusammenhang exemplarisch für die "Big Three" der amerikanischen Autoindustrie nachgewiesen werden, die die Einführung der heutzutage selbstverständlichen selbsttragenden Karosserie durch die kleinen Auto-

---

1) Vgl. H.O. Lenel, Die Bedeutung der großen Unternehmen für den technischen Fortschritt, Tübingen 1968, S. 16 ff; A.L. Reuter, Tragen ..., a.a.O., S. 46

2) wobei eine Identität zwischen Erfindendem und Unternehmer angenommen werden soll.

3) vgl. A.L. Reuter, a.a.O., S. 45 f

mobilhersteller jahrelang ignorieren konnten, weil sie aufgrund ihrer Marktstellung keinem wesentlichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt waren, solange sie sich untereinander gleich verhielten. Unter dieser Strategie war es ihnen lange Zeit möglich, die kostspielige Umrüstung ihrer Produktionsanlagen hinauszuzögern.[1)]

Hingegen werden kleinere Unternehmer, die mögliche Größenvorteile der bestehenden Giganten meist nur dadurch kompensieren können, daß sie ihre Anlagen auf dem neuesten Stand der Technik errichten und betreiben, neue Verfahren wegen der leichteren Umrüstung ihrer Produktionsanlagen weit williger aufnehmen. Aufgrund ihrer relativen Bedeutungslosigkeit ist jedoch allenfalls mittelfristig ein Druck auf die Großunternehmen denkbar, ebenfalls das neue Verfahren einzuführen. Desto weniger diese kleinen Unternehmer an Nachfrage auf sich vereinigen können, desto länger wird dieser Umrüstungsprozeß in einer Branche bei entsprechender Verständigungsbereitschaft der Großunternehmer dauern, die nunmehr relativ ungestört eine dem Rationalverhalten angemessene Strategie betreiben, indem sie ihre Anlagen weitgehend abzuschreiben versuchen.

Hier zeigt sich deutlich, daß Großunternehmen zwar in der Lage sein mögen, fortschrittlich zu sein, daß in einer freien Wirtschaft aber nur der ökonomische Zwang des Wettbewerbs die potentiellen Fähigkeiten zur Aktualisierung drängt.[2)] Dem Wettbewerb weniger stark ausgesetzte Unternehmen werden außerdem ihre Forschungstätigkeit in besonderem Maße auf den Ausbau ihrer Marktstellung richten und vorwiegend Verbesserungsforschung betreiben, die überdies den Vorteil hat, relativ stark hinsichtlich Aufwand, Zeit und Ertrag kalkulierbar zu sein.[3)] Denn: "Moving from the applied-science end of the spectrum to the basic-science end, the degree of uncertainty

---

1) Vgl. Hearings, a.a.O. 1959: Administered Prices, Part 6, S. 2872 f, 2877 f
2) vgl. ausführlich A.L. Reuter, Konzentration und Wachstum, Abhandlungen zur Mittelstandsforschung, Hrsg. Institut für Mittelstandsforschung, Nr. 29, Köln-Opladen 1967, S. 76 ff
3) vgl. D. Hamberg, Invention ..., a.a.O., S. 99 f

about the results of specific research projects increases".[1] So ist es nicht verwunderlich, daß z.B. VW den "Käfer" von Modell zu Modell leicht verbessert, daß aber die revolutionären Entwicklungen dem Markt durch Außenseiter zugeführt wurden wie z.B. der Wankelmotor, die Öldruckbremse, die automatische Kupplung und die Servolenkung.[2]

Auch die Mineralölindustrie, die den Verbraucher laufend mit mehr oder weniger sinnvollen "Produkt-Komponenten" beglückt, bezog ihre echten Fortschrittsimpulse z.B. in Amerika "from outside the industry or from smaller firms".[3] Zwar kommt Galbraith zu teilweise entgegengesetzten Ergebnissen, doch diese Ergebnisse sind dadurch begründet, daß Galbraith von einem anderen Ansatz ausgeht und einseitig vom Input her argumentiert.[4] Dabei läßt er die wohl wichtigere Seite der Forschung außer acht, nämlich den Ertrag. Soweit er diesen Ertrag betrachtet, sieht er ihn lediglich unter dem Gesichtspunkt eines allgemeinen Fortschrittsgrades der Industrie[5] und verkennt dann, wie z.B. bei der Landwirtschaft, daß sie naturgemäß nicht zu revolutionärem, sondern allenfalls evolutionärem Fortschritt fähig ist[6] und überdies die Entwicklung des technischen Fortschritts weitgehend an den Maschinenbau delegiert hat.[7] So kommt auch Machlup zu dem entgegengesetzten und hier vertretenen Schluß: "If particular in-

---

1) R.R. Nelson, The Simple Economics of Basic Scientific Research, JPE 1959, Vol. 67, S. 302; vgl. auch E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 110
2) vgl. A.L. Reuter, Tragen die ..., a.a.O., S. 46, Fußn. 20; Hearings, Administered Prices, a.a.O., Part 6, S. 2872 f, 2877 f
3) J. Jewkes, D. Sawers and R. Stillerman, The Sources of Invention, London-New York 1960, S. 173; vgl. auch J.L. Enos, Invention and Innovation in the Petroleum Refining Industry, Universities - National Bureau Conference, The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton-New York 1962, S. 299 ff
4) J.K. Galbraith, The American Capitalism, Cambridge/Mass., 1952, S. 96
5) ibid., S. 91
6) beispielsweise bei der Tier- und Saatzucht
7) G.W. Nutter, Monopoly, Bigness, and Progress, JPE 1956, Vol. 64, S. 525 f; vgl. auch H. Schumacher, Auf dem Weg ..., a.a.O., S. 393

dustries are examined and particular firms compared, the results will no longer confirm the hypothesis that R&D (=research and development) expenditures are predominantly a function of company size."[1] Unter Verwendung von Regressionsgleichungen mit quadratischen und kubischen Gliedern hat auch Scherer nachgewiesen, daß Größe für technischen Fortschritt keineswegs notwendig ist und sogar hemmend sein kann.[2]

Doch selbst hinsichtlich der Inputzahlen haben neuere Untersuchungen die Meinung Galbraiths nicht bestätigen können, denn Schmookler wies jeweils für den industriellen Durchschnitt mehrerer Industrien den gleichen Prozentsatz des Umsatzes als Forschungs- und Entwicklungsausgaben nach - gleichgültig ob die Unternehmen zwischen 1ooo und 4999 oder 5ooo und mehr Personen beschäftigten. Überdies ergab diese Untersuchung sogar, daß sich in vier von sechs Industrien und zwar in der Nahrungsmittel-, Metallverarbeitungs-. Elektrogeräte- und Werkzeug-Industrie die kleineren Unternehmen stärker mit der Forschung und Entwicklung beschäftigten als ihre Konkurrenten.[3]

Jewkes, Sawers und Stillerman haben neben dieser globaleren Art der Betrachtung im zweiten Teil ihres Buches 61 grundlegende Erfindungen des 2o. Jahrhunderts auf ihren Ursprung untersucht und weisen für diese aktuelle Zeit der Großunternehmen (ca. 4o % der Erfindungen entfielen auf die Zeit nach 194o, ca. 62 % auf die nach 193o) nach, daß nur 12 auf Großunternehmen, 33 aber auf unabhängige Erfinder zurückzuführen sind.[4] Solche speziellen empirischen Studien existie-

---

1) F. Machlup, The Production and Distribution of Knowledge in the United States, Princeton (N.J.) 1962, S. 177; ebenso J. Jewkes u.a., a.a.O., S. 156 f; D. Hamberg, a.a.O., S. 66 f

2) vgl. F.M. Scherer, Size of Firm, Oligopoly, and Research: A Comment, The Canadian Journal of Economics and Political Science, Vol. 31, Toronto 1965, S. 256 ff

3) J. Schmookler, Bigness, Fewness and Research, JPE 1959, Vol. 67, S. 631; vgl. auch I. Schmidt, Technischer Fortschritt und Unternehmensgröße, marktwirtschaft 197o, Heft 12, S. 36 f

4) vgl. J. Jewkes u.a., a.a.O., Teil 2; D. Hamberg, a.a.O., S. 96

ren mittlerweile auch für einzelne Industriezweige und die dort relevanten Erfindungen. So weist eine Untersuchung von Peck[1] in der extrem hoch konzentrierten amerikanischen Aluminiumindustrie nur 17 von 149 Erfindungen dem Bereich der größten Aluminiumhersteller zu, und Hamberg[2] konnte von 13 wichtigen Erfindungen der Stahlindustrie zwischen 1946 und 1955 keine den amerikanischen Unternehmen zuordnen, allein 7 aber den selbständigen Erfindern.

Die bisherigen Feststellungen sind damit geeignet, die hier vertretene These zu stützen, daß der Output an Erfindungen keineswegs mit der Größe und dem finanziellen Input korreliert ist. Offensichtlich ist das Ergebnis vorwiegend dem Menschen und der Komplexität seines Seins zuzuordnen. So ist möglicherweise der Ruf nach großen, besteingerichteten Laboratorien nur eine Verschleierung mangelnder Fähigkeiten bzw. eine Substitution des Könnens durch Kapital.

Wenn allgemein für das Auftauchen von Erfindungen das Können, die Möglichkeiten und der Zufall eine Rolle spielen, so tritt bei Erfindungen, die an den Markt gelangen sollen, noch die Notwendigkeit als Druck zur Realisation hinzu; dies gilt für die "innovation"[3] noch in wesentlich höherem Maße als für die "invention". Diesem Druck, Erfindungen produzieren und auch realisieren zu müssen, unterliegen kleinere Unternehmen aber in aller Regel mehr als Großunternehmen, so daß die Realisation der Erfindungen innerhalb kleinerer und mittlerer Unternehmen wahrscheinlicher ist als in einem Großunternehmen.

Die Geschichte der bedeutenden Erfindungen zeigt ferner, daß sie in ihrer Zeit meist völlig verkannt wurden.[4] Wenn

---

1) M.J. Peck, Inventions in the Postwar American Aluminium Industry, Universities - National Bureau Conference, a.a.O. 1962, S. 279 ff

2) D. Hamberg, a.a.O., S. 98; vgl. zu allem auch: E. Kaufer, Ökonomie von Forschung und Entwicklung (Die Mikroökonomie des technischen Fortschritts in wettbewerbstheoretischer Sicht), in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 445 ff

3) "innovation" allgemein als Durchsetzung der "invention" am Markt

4) vgl. mit Beispielen und weiteren Nachweisen J. Jewkes u.a., a.a.O., S. 189 f

sie gleichwohl noch in ihrer Zeit realisiert wurden, so lag das vor allem daran, daß die geniale Vision des Erfindenden in der Lage war, den einen oder anderen Kapitalgeber als wirtschaftlich Haftenden anzustecken und zu begeistern. Daraus resultiert, daß die Chance des Erkennens einer Erfindung im Sinne des "Vermarktens" um so größer sein wird, desto mehr unabhängige, gleichwohl aber leistungsfähige Unternehmer mit ihr konfrontiert werden können und aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ihre Marktfähigkeit beurteilen.[1] Je mehr eine Industrie konzentriert ist, und desto geringer ihre Wettbewerbsintensität wird, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß eine Erfindung, die zunächst nur hohe Kosten verursacht, obwohl die augenblicklichen Produktionsprozesse befriedigende Gewinne erbringen, zurückgehalten wird, und "in a limiting case, the whole stream of development may be held up by the backwardness of one individual".[2]

Diese Einstellung kann durch einen Ausspruch Max Uebers charakterisiert werden: "Entscheidend ist ... nicht, daß man mit etwas Umwälzendem herauskommt - eine Automobilfabrik hat gegenüber ihren Aktionären die Verpflichtung, Gewinn zu machen."[3] Fellner kommt ebenfalls zu dem Ergebnis: "The narrower the group, the tighter the co-ordination of policies is likely to be, and the more will change be limited to the merely monopolistic rate ... In loosely cooperating oligopoly the rate of progress is greater because the individual net profit may rise by further innovating activity even if the joint profit does not".[4]

Zu beachten ist auch, daß die Verwertung einer Erfindung um so wahrscheinlicher ist, je enger das Verhältnis und der Kontakt zwischen Unternehmer und Erfinder ist. Je mehr

---

1) Vgl. auch J. Schmookler, Bigness ..., a.a.O., S. 628
2) C.F. Carter, B.R. Williams, Industry and Technical Progress, London-New York-Toronto 1958, S. 118
3) M. Ueber, Generaldirektor der Ford-Werke AG, in: Der Spiegel, Nr. 39 v. 18.9.1967, S. 68
4) W. Fellner, Competition among the Few, Oligopoly and Similar Market Structures, New York 1949, S. 287

Entscheidungseinheiten diese Beziehung kommentierend stören, desto geringer ist der spontane Anstoß, der von dem Erfindenden auf den letztlich Entscheidenden ausgeht. Insofern sieht Schätzle nur den rein sachlichen Aspekt, wenn er ausführt, daß "das große Institut in jedem Fall auch die Vorteile des kleinen Labors wahrnehmen" kann, während das für die umgekehrte Beziehung kaum gelte.[1)]

Schließlich müssen aus einer geringeren Verwertungswahrscheinlichkeit für Erfindungen in Großunternehmen, die nachweislich den größten Prozentsatz an sogenannten "Schubladenerfindungen" haben[2)], Rückwirkungen auf die Psyche der Erfindenden gefolgert werden. Denn gerade ein schöpferischer Mensch erhält die größte subjektive Befriedigung nicht allein aus einem guten Gehalt, sondern vor allem aus der Anerkennung seiner Tätigkeit, die in der Realisation seiner Erfindungen liegt. Andernfalls wird eine persönliche Resignation des Erfindenden zu einer Stagnation des Erfindungsstroms führen.

Wenn diese Darlegungen das angeschnittene Problem auch nicht zweifelsfrei klären können, so spricht doch erhebliches "hypothetisch-theoretisches" Material wie auch umfangreiches "empirisch-statistisches" Beweismaterial dafür, daß keineswegs hochkonzentrierte Industrien und Großunternehmen für den als wichtig erkannten technischen Fortschritt überwiegend verantwortlich sind. Vielmehr besteht Veranlassung, davon auszugehen, daß die kleineren und mittleren Unternehmen sowie unabhängige Personen für die Entdeckung und Einführung von Neuerungen maßgebend sind. Dann besteht jedoch auch keine Gefahr dafür, daß die sachgerechtere und damit auch schärfere Anwendung von Aufgreifkriterien zu einem Widerspruch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit führen könnte. Sachgerecht angewandte Kriterien werden über eine Verhinderung der Konzentra-

---

1) G. Schätzle, a.a.O., S. 171; vgl. insgesamt auch: H. Jürgensen, H. Berg, Konzentration und Wettbewerb im Gemeinsamen Markt - Das Beispiel der Automobilindustrie - Wirtschaftspolitische Studien -, Göttingen 1968, S. 83 ff

2) vgl. auch H.K. Schneider, Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, 2.A., a.a.O., S. 439

tionsprozesse, wie sie nach dem Ansatz des Regierungsentwurfs möglich und zu erwarten sind, vielmehr dazu beitragen, daß sich neben anderen angestrebten Zielen auch die Entwicklung des wichtigen technischen Fortschritts besser gestalten läßt.

II. Abschließende Betrachtung

Mit diesen letzten Ausführungen sollte ein wesentlicher Bestandteil des Arguments durchleuchtet und beurteilt werden, das eine Korrelation zwischen Wettbewerbsfähigkeit und Unternehmensgröße behauptet. Wie wenig rational dieses Argument teilweise gebraucht wird, zeigt außerhalb aller bisherigen Überlegungen auch der Umstand, daß es besonders in den USA als Rechtfertigung für eine weitere Konzentration gegenüber der Auslandskonkurrenz generell ins Feld geführt wird[1], obwohl diese in aller Regel wesentlich niedrigere Konzentrationsgrade ausweist. So berufen sich die deutschen Unternehmer zur Rechtfertigung ihrer Konzentrationsvorhaben auf den hohen Konzentrationsgrad insbesondere ihrer amerikanischen Konkurrenten, während diese weitere Konzentrationsprozesse damit zu begründen versuchen, daß sich ihre deutschen Wettbewerber in einer Entwicklung zunehmender Konzentration befänden.

Hier wird die Konzentration offensichtlich von widersinnigen Standpunkten aus allgemein hochgeschaukelt. Solche Standpunkte erhellen aber nur, daß ohne jeglichen sachgerechten Maßstab operiert wird, und sie lassen vermuten, daß es sich bei der "Konzentrationseuphorie" weitgehend um eine Flucht nach vorne handelt, bei der niemand weiß, wo sie endet und was sie bringt, von der sich international aber auch niemand ausschließen möchte, um nicht in Anbetracht einer ungewissen Zukunft doch etwas zu versäumen. Das Recht darf jedoch nicht zu einer Funktion solch unsicherer Entwicklungen werden.

---

1) Vgl. Hearings, Economic Concentration, a.a.O. 1965, Part 1, S. 150

Nur in einem Punkt sind die Folgen der Konzentration sicher, nämlich im marktstrategischen Bereich, und so ist es natürlich und naheliegend, daß unter diesem Gesichtspunkt seitens der Unternehmungen bei gleichzeitigem Vorgeben "legalerer" Gründe auch operiert wird. Dies zeigten nicht nur die angeführten Entscheidungen der amerikanischen Antitrustbehörden, sondern dies läßt sich auch grundsätzlich erhärten, wenn man von der Tatsache ausgeht, daß gewisse Industrien einen Konzentrationsgrad und gewisse Unternehmen eine Komplexität erreicht haben, die sie zwar einerseits gegenüber den dynamischen Marktentwicklungen erheblich inflexibel machen und damit ihre Marktchancen senken, die ihnen aber andererseits noch nicht die Stärke vermitteln, um diese dynamische Entwicklung weitgehend selber zu bestimmen.

In solchen Fällen wird das Dilemma für die Betroffenen nur noch in zwei Richtungen zu lösen sein: entweder aus dem Größenordnungsbereich der Inflexibilität durch echte Verselbständigung mehrerer Produktionseinheiten wieder herauszukommen - ein Problem, das z.B. für die deutschen "Töchter" amerikanischer Automobilkonzerne insbesondere hinsichtlich der Modellpolitik häufig relevant war und ist - oder aber durch noch weitere Konzentration die Marktdynamik, die meist über die Konkurrenz kleinerer Unternehmen durch Entwicklung neuer Prozesse oder Kreierung neuer Produkte aktuell oder potentiell impliziert ist, endgültig in den Griff zu bekommen und damit negative Folgen der eigenen Inflexibilität weitgehend zu verhindern.

Daß auch für diese These eine gewisse empirische Bestätigung existiert[1], zeigt die neuerliche Feststellung, daß die amerikanischen Großunternehmen sowohl am Kriterium der Umsatz- wie auch der Kapitalrentabilität seit 1960 sinkende Gewinnergebnisse erzielen, während sich die kleineren Unternehmen "im-

---

1) Vgl. M. Ueber, a.a.O., S. 66; Hearings, Administered Prices, a.a.O., Part 6, S. 2871 ff; Ch. E. Edwards, Dynamics of the United States Automobile Industry, Columbia (S.C.) 1965, S. 257; H. Jürgensen, H. Berg, Konzentration ..., a.a.O., S. 109 ff

mer besserer Resultate erfreuten."[1] Wittnebert stellt weiter fest, daß dieser Leistungstrend in den Jahren vor 1960 genau umgekehrt gewesen sei, "Kurzum: wir scheinen Zeugen eines Umschwunges der historischen Beziehung zwischen Größe und Leistung zu werden - wenigstens im produzierenden Bereich. Dies geschieht - welch Ironie - ausgerechnet zur gleichen Zeit, da viele der Unternehmensgiganten mit aller Gewalt darum bemüht sind, in noch größere Dimensionen zu wachsen."[2] Möglicherweise liegt die Erklärung darin, daß im hier geschilderten Sinne durch Ausschaltung der noch drittbestimmten Marktdynamik die aktuellen Nachteile der augenblicklichen Größe eliminiert werden sollen.

Die sich gegenüber den kleineren Unternehmen verschlechternden Ergebnisse schreibt auch Wittnebert weitgehend einer "sich beschleunigende(n) Änderungsrate von Gütern, Prozessen, Materialien, Märkten, Versorgungskanälen, Bezugsquellen oder dem Transportwesen"[3] zu. Solche Wandlungsvorgänge berühren jedoch nicht nur die Fixkosten oder Finanzierungsprobleme, auf die vor allem Jürgensen und Berg in ihrer Untersuchung abstellen[4], sondern sie beinhalten vom Gesichtspunkt des Marketing zwangsläufig relativ höhere Umstellungskosten bei den Großunternehmen alleine dadurch, daß diese bis zu einem gleichen Zeitpunkt ihre umfangreicheren, aufwendigeren Anlagen umstellen müssen, wenn sie den kleineren Unternehmen durch deren vorzeitiges Angebot nicht einen erheblichen Marktvorsprung zukommen lassen wollen. Denn innerhalb des gleichen Zeitraums durchzuführende große Umstellungen bewirken gegenüber weniger umfangreichen Arbeitserfordernissen zumeist pro-

---

1) F.R. Wittnebert, Größe contra Rentabilität, Die Chancen der Kleinunternehmen, Christ und Welt v. 27.2.1970, Nr. 9, S. 21, im Original: Bigness versus Profitability, Harvard Business Review 1970, Vol. 48, Heft 1, S. 158 ff

2) ibid.

3) ibid.; vgl. zu diesem Problemkreis der Inflexibilität bei großen, wachsenden Unternehmen auch H. Albach, Zur Theorie des wachsenden Unternehmens, VfS, N.F., Bd 34, a.a.O. 1965, S. 28, 30 m.w.N.

4) Vgl. H. Jürgensen, H. Berg, Konzentration ..., a.a.O., S. 116 ff

gressiv steigende Kosten, z.B. aufgrund notwendiger Überstunden usw.

Wittnebert weist ebenfalls auf die wachsende Verfügbarkeit des Kapitals für kleinere Unternehmen hin sowie auf die neu gewonnene Schlüsselrolle des Wissens anstelle des Geldes. Ebenso macht er die "Entwicklung kleiner Computer-Modelle, Timesharing-Anlagen" usw. für eine wachsende technische Fähigkeit der kleineren Unternehmen verantwortlich.[1)]

Noch weitaus wichtiger erscheint aber der hier schon mehrfach dargestellte Problemkreis, der aus der umfassenden Abhängigkeitslage resultiert, die Großunternehmen für die Beschäftigten mit sich bringen, und dem auch Wittnebert erhebliche Bedeutung beimißt: "Der progressiv zunehmende Einsatz der Automaten, der Computer und anderer hochentwickelter Methoden wandelt rapide die 'Mischung' der Beschäftigten in den Betrieben, mit einer stärkeren Betonung des Bedarfs an mehr Personen hoher Intelligenz und Ausbildung. Es überrascht nicht, daß solche Beschäftigten Arbeitsbedingungen suchen, die zur Verfolgung persönlicher Ziele, persönlicher Erfüllung und Selbstverwirklichung führen. Sie bevorzugen kürzere Befehlsketten und verringerte vertikale Rangunterschiede. Sie wünschen größere Operationsfreiheit. Zugleich machen ihnen ihre Ausbildung und Kontakte mehr die Chance bewußt, die sie in anderen Gesellschaften haben. Ihre Mobilität begünstigt den Berufswechsel und ihr sinkendes Statusinteresse um seiner selbst willen verringert die Anziehungskraft der Beschäftigung bei einem besser bekannten Unternehmen."[2)]

Dieser Standpunkt ist mit einer Grundtatsache verknüpft, die bei der Beurteilung von Größe weitgehend unbeachtet bleibt, nämlich daß Größe ohne soziale Bezogenheit ist. Relativiert man die der Größe entspringende Macht nicht, so wird sie langfristig nur die Intentionen des Macht-innehabenden "egos" befriedigen, nicht aber eine soziale Funktion er-

---

1) F.R. Wittnebert, a.a.O., S. 21
2) ibid.; vgl. besonders H. Achinger, Sozialpolitische Aspekte der Konzentration, a.a.O., S. 215 ff, 222

füllen. Dabei ist in diesem Zusammenhang meist noch eine weitere Belastung der Allgemeinheit gegeben, die darin liegt, daß gerade Machtgebilde wegen ihrer Größe nicht nur bestrebt sind, die Risiken am Markt auszuschalten, sondern das Risiko schlimmster unternehmerischer Fehlleistungen, den Konkurs, in der Endkonsequenz kaum zu tragen haben, weil dann unter Hinweis auf die vielen Tausend Arbeitsplätze der Staat und damit die Allgemeinheit gezwungen werden, helfend einzugreifen.

"Dieser Umstand, daß in der freien Wirtschaft die Unternehmer höchst unwillig werden, wenn der Staat ihnen die Freiheit beschneidet, daß sie aber den Staat um Hilfe anrufen, wenn ihnen die Freiheit schlecht bekommen ist"[1], führt in letzter Konsequenz zu einem Anspruch der Allgemeinheit auf eine Sozialpflichtigkeit der Größe hinsichtlich ihres Marktverhaltens. Die theoretische Grundlage für eine Mikrosteuerung der Größe ist damit gelegt, indem das Prinzip der Selbstverantwortung durch die "Bürgschaft" der Allgemeinheit in seiner letzten Konsequenz aufgehoben ist. Denn nur über diese Folgerung läßt sich die zugleich implizierte Ungerechtigkeit vermindern, daß das System die einen dem Konkurs preisgibt, die anderen aber bei gleicher subjektiver Unfähigkeit vor ihm schützt. Das Gleichheitsstreben ist mit einem noch tiefer begründeten Anliegen des Naturrechts, und zwar mit dem Recht der persönlichen Entfaltung eines jeden Menschen, in komplexer Weise verknüpft. Wird die Erreichung dieser Gleichheit durch den besonderen Schutz der Großunternehmung zum Nachteil der kleineren Unternehmen zunächst verhindert, so kann ihnen relative Gerechtigkeit nur dadurch widerfahren, daß die "Großen" zugleich einschränkenden Eingriffsbefugnissen der Allgemeinheit ausgesetzt werden.

Deshalb ist der neuerliche Einwand Sölters, die "Kartellnovelle" verwandle die ohnehin schon vorhandene Mikrosteuerung in Dirigismus[2], letztlich widersinnig, soweit es vor allem

---

1) E. Schmalenbach, a.a.O., S. 25

2) vgl. A. Sölter, Von der Wettbewerbswirtschaft zur Wettbewerbsbewirtschaftung?, Der Volkswirt 197o, Nr. 16, S. 48 ff; dagegen W. Kartte, Wer gefährdet ..., a.a.O., S. 1o3 f; H.-H. Barnikel, Wenn es um Machtfragen geht, Der Volkswirt 197o, Nr. 18, S. 38 f

um eine sachgerechte, aber auch konsequente Zusammenschlußkontrolle geht. Dirigismus liegt nicht darin, dafür Sorge zu tragen, daß bestimmte Handlungen oder Handlungsergebnisse nicht eintreten, indem man durch mittelbares Vorbeugen einen direkten Einzelakt zu vermeiden sucht. Vielmehr liegt Dirigismus darin, daß eine solche mittelbare Einflußnahme verhindert wird oder nicht mehr wirkt und damit der Staat gezwungen ist, ein konkretes positives Handeln vorzuschreiben. Die Allgemeinheit hat eine bestimmte Marktverfassung akzeptiert, die auf der Freiheit und Selbstverantwortung des einzelnen gegründet ist. Diese Freiheit - dessen war man sich bewußt - wird vom einzelnen benutzt, seine Intentionen bezüglich Machtgewinn, Macht, Prestige usw. optimal zu erfüllen. Da jedoch nicht alle an diesem Prozeß teilnehmen können, gelangt die nicht teilnehmende Masse nur in den Mitgenuß der Prozeß-Vorzüge, wenn die Egoismen in dem Versuch der Selbstbefriedigung beschränkt werden.

Eine solche Interessenrelativierung läßt sich aber nur aus drei Gesichtspunkten herleiten: einer freiwilligen Selbstbeschränkung bei der Zielverfolgung durch sozial und altruistisch eingestellte Unternehmer, einer Prozeß-Beschränkung der Individuen in Form eines anonymen Interaktionssystems Wettbewerb, einem Dirigismus des Staates, indem dieser z.B. unter der Annahme sozial verträglicher Gewinne die Preise und andere Parameter bestimmt.

Die Bejahung einer freien Marktverfassung durch die Allgemeinheit erfolgte in unserem System unter der restriktiven Bedingung, daß das implizierte Interaktionssystem Wettbewerb auch die Interessen dieser Allgemeinheit durch Beschränkung der Egoismen erfüllen müsse, weil eine freiwillige Selbstbeschränkung aus der Natur des Menschen nicht zu erwarten ist. Denn die folgenden Worte eines Direktors der Standard Oil Company of New Jersey umschreiben zwar das, was sein sollte, nicht aber das, was in der Realität zu finden ist: It "is becoming clear that in our modern society the management has the opportunity - in fact, I should say the duty - to act as a balance wheel in relation to three groups of interests -

the interests of owners, of employees, and of the public, all of whom have a stake in the output of industry."[1)]

Diese Bedingungen werden dann nicht mehr erfüllt, wenn Machtkomplexe entstehen, die sich der Beachtung der von ihnen erwarteten sozialen Reflexe entziehen können. Wie aktuell dieses Problem mittlerweile schon in Amerika ist, zeigt der Umstand, daß sich dort Interessengemeinschaften bilden, die den Großunternehmen öffentlich die Herabminderung des menschlichen Lebens durch Abgase, Abwässer, Abfälle, durch unsichere und minderwertige Produkte - letztlich also durch Hintansetzung sozialer Gesichtspunkte - vorwerfen.[2)] Es besteht seitens der Unternehmer, als Egoismen verstanden, naturgemäß der Trend zu solchen Machtkomplexen. Dem steht aber zumindest bei gewissen Größenordnungen das Bedürfnis der Allgemeinheit an der Beachtung ihrer Interessen quantitativ und qualitativ als höherrangig gegenüber und zwar sowohl hinsichtlich einer guten und preisgerechten Versorgung als auch bezüglich der Möglichkeit, sich im Hinblick auf Art. 2 GG, § 1 GewO selbst an diesem Prozeß beteiligen zu können.

Insoweit die Marktprozesse wider die Erfüllung dieser sozialen Funktionen eine unkontrollierte und überflüssige Machtkonzentration zugunsten weniger Individuen zulassen, hat die Allgemeinheit das Recht, die Entwicklung in die Bahnen zu lenken, in denen sie den sozialen Belangen am wenigsten schadet - das aber impliziert die Versagung bestimmter Konzentrationen und den Verweis auf internes Wachstum durch eine sachgerechte und zugleich effiziente Zusammenschlußkontrolle.[3)] "Selbst wenn man akzeptiert, daß alle menschlichen Ordnungssysteme die ihnen gesetzten Ziele nur unvollkommen erreichen, so erwächst doch gerade aus der Forderung nach einer 'ratio-

---

1) Zit. n.: H.R. Bowen, Social Responsibilities of the Businessman, New York 1953, S. 49
2) vgl. H.M. Kölle, US-Hauptversammlungen werden zum Tribunal, Die Welt v. 2o.4.197o, Nr. 91, S. 1o
3) vgl. H.K. Schneider, Beeinflussung der Konzentration ..., a.a.O., S. 437

nalen' Wirtschaftspolitik die Aufgabe, Maßnahmen zu entwickeln, welche die Störungen, die sich aus der Verwirklichung der (aus der Natur der Sache heraus) langfristigen Ziele in den Weg stellen, minimalisieren."[1)]

Damit schließt sich der Kreis der Betrachtung. Eine leistungsunfähige Zusammenschlußkontrolle, die die Konzentration weitgehend ungestört anwachsen läßt, muß zu einer beschleunigten Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse führen. Denn eine schlechte Regelung hat im Gegensatz zu keiner Regelung den zusätzlichen Nachteil, wie ein Akzelerator zu wirken, weil während ihrer Geltungsdauer auch sonst nicht eingetretene Konzentrationsvorhaben vorsorglich abgewickelt werden, um mit solchen Vorhaben nicht möglicherweise an einer zukünftigen schärferen Regelung zu scheitern. Dadurch tritt eine grundlegende Änderung der tatsächlichen Umstände ein, die zu einer ebenso grundlegenden Veränderung des Rechts führen muß.[2)]

Daß dieser Prozeß der gesellschaftlichen Umgestaltung aufgrund fortschreitender Machtzusammenballung seit längerem im Gang ist, ist unbestritten, daß dieser Prozeß aber ebenfalls Angriffe auf die grundsätzlichen Ordnungsvorstellungen unserer Rechtsordnung erzeugt hat, wird teilweise verkannt. Wenn vor einiger Zeit H.O. Vetter in einem Grundsatzreferat die soziale Marktwirtschaft und die damit untrennbar verknüpfte Wettbewerbsordnung prinzipiell in Frage stellte[3)], so sicherlich nicht nur aufgrund einer anderen politischen Einstellung, sondern weil diese soziale Marktwirtschaft sich selber grundlegend in Frage gestellt hat und stellt, soweit sie nicht bereit ist, tatsächlichen Fehlentwicklungen energisch entgegenzutreten. Die von Vetter geforderte verstärkte Wirtschafts- und Sozialplanung sowie die Forderung nach Kontrolle und Teilhabe an der wirtschaftlichen Macht sind aber

---

1) H.St. Seidenfus, Kurzfristige und langfristige Wirkungen des Wettbewerbs - Ein Beitrag zur rationalen Wirtschaftspolitik, in: Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für E. v. Beckerath, a.a.O., S. 695

2) vgl. S. 4 d.A., Anm. 2

3) "DGB-Chef Vetter stellt die soziale Marktwirtschaft in Frage", Die Welt v. 29.6.1972, Nr. 148, S. 1

schon nicht mehr eine zusätzliche Quantität an notwendigen, systemerhaltenden Einschränkungen, sondern ein qualitativer Sprung, eine Änderung des Systems selbst. Wer diese Änderung nicht will, muß sich deshalb energisch gegen die systemschädigenden Prozesse wenden. Eine in diesem Sinne auch zu verstehende verstärkte Zusammenschlußkontrolle hat mit Dirigismus nichts zu tun. Dirigismus provozieren vielmehr diejenigen, die einer möglichst ineffizienten Konzentrationsregelung unter bewußter oder unbewußter Hintansetzung des Allgemeininteresses das Wort reden, weil sie offensichtlich bereit sind, die mittelbare Marktregelung durch anonyme Wettbewerbsprozesse im Endeffekt außer Kraft zu setzen.

Damit fordern sie aber die Allgemeinheit zur Verteidigung ihrer Interessen heraus - einer Verteidigung, die dann nur noch in einer Entflechtung und im Vorschreiben positiver Verhaltensweisen bestehen kann - in einem Dirigismus also, der die Allgegenwärtigkeit staatlicher Eingriffsbefugnis voraussetzt und die freiheitliche Grundordnung usurpiert hat.

LITERATURVERZEICHNIS

I. Monographien

Abbott, L.: Qualität und Wettbewerb. Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie. Aus dem Englischen übersetzt von N. Lochner, München-Berlin 1958.

Albach, H.: Zur Theorie des wachsenden Unternehmens, VfS, N. F., Bd 34, Berlin 1965.

Bachof, O.: Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Tübingen 1951.

Badura, P.: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt 1971.

Bain, J.S.: Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge (Mass.) 1956.

Beaumol, W.J.: Business Behavior, Value and Growth, New York 1959.

Beste, Th.: Die optimale Betriebsgröße als betriebswirtschaftliches Problem, Leipzig 1933.

Bethusy-Huc, V. Gräfin von: Demokratie und Interessenpolitik, Wiesbaden 1962.

Beyme, K. von: Interessengruppen in der Demokratie, München 1969.

Biedenkopf, K.: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958.

Böhm, F.: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1960.

Derselbe: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.

Böhmer, G.: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd II, 1, Tübingen 1951.

Böttcher, E.: Autorisiertes Scriptum zur Vorlesung "Theorie der Wirtschaftspolitik", Münster 1970.

Boulding, K.E.: The Skills of the Economist, Cleveland 1958.

Derselbe: Welfare Economics, A Survey of Contemporary Economics, publ. for The American Economic Association, ed. by B.F. Haley, Vol. 2, Homewood (Ill.) 1952.

Bowen, H.R.: Social Responsibilities of the Businessman, New York 1953.

Braunthal, G.: The Federation of German Industry in Politics, New York 1965.

Britt, St.H., Lucas, D.B.: Die Messung der Werbewirkung, Essen 1966.

Bußmann, L.: Der Einfluß der Konzentration auf Preise und Gewinne, Köln 1965.

Carter, C.F. u. Williams, B.R.: Industry and Technical Progress, London-New York-Toronto 1958.

Chamberlin, E.H.: The Theory of Monopolistic Competition, Harvard University Press 1948.

Christen, H.P.: Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Zürich 1970.

Clark, C.: The Conditions of Economic Progress, 3.A., London 1957.

Clark, J.M.: Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1962.

Cohn, G.: Existentialismus und Rechtswissenschaft, Basel 1955.

Cottle, S. u. Whitman, T.: Corporate Earning Power and Market Valuation 1935-1955, Durham (Noth Carolina) 1959.

Crum, W.L.: Corporate Size and Earning Power, Cambridge (Mass.) 1939.

Dahl, R.A.: Pluralist Democracy in the United States, Chicago 1967.

Dahrendorf, R.: Reflektionen über Freiheit und Gleichheit. Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1959.

Dicke, D.Chr.: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1969.

Dolberg, R.: Theorie der Macht. Die Macht als soziale Grundtatsache und als Elementarbegriff der Wirtschaftswissenschaften, Wien 1934.

Downs, A.: Ökonomische Theorie der Demokratie, Tübingen 1968.

Dreier, R.: Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin 1965.

Dürr, E.W.: Ziele des Ordoliberalismus, Winterthur 1954.

Edwards, Ch.E.: Dynamics of the United States Automobile Industry, Columbia (S.C.) 1965.

Edwards, C.D.: Big Business and the Policy of Competition, Cleveland 1956.

Ehmke, H.: Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961.

Eisfeld, R.: Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus, Stuttgart 1972.

Engisch, K.: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953.

Derselbe: Einführung in das juristische Denken, 2.A., Stuttgart 1956.

Derselbe: Einheit der Rechtsordnung, o.O. 1935.

Erhard, L.: Deutsche Wirtschaftspolitik, Düsseldorf-Wien 1962.

Eschenburg, Th.: Herrschaft der Verbände? Stuttgart 1955, 2. A., Stuttgart 1963.

Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

Eucken, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952. Neuere gekürzte Fassung herausgegeben von: E. Eucken-Erdsiek u. K.P. Hensel, rowohlts deutsche enzyklopädie, Bd 81, o.O. 1967.

Derselbe: Wettbewerb, Monopol und Unternehmen, Bad Nauheim 1953.

Derselbe: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7.A., Heidelberg-Berlin-Göttingen 1959.

Fechner, E.: Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, Tübingen 1954.

Fellner, W.: Competition among the Few. Oligopoly and Similar Market Structures, New York 1949.

Fikentscher, W.: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München-Berlin 1958.

Florence, P.S.: The Logic of British and American Industry, London 1957.

Forsthoff, E.: Der Staat der Industriegesellschaft, 2.A., München 1971.

Galbraith, J.K.: The American Capitalism, Cambridge (Mass.) 1952.

Derselbe: Die moderne Industriegesellschaft. Aus dem Amerikanischen übersetzt von N. Wölfl, München-Zürich 1968.

Derselbe: The Affluent Society, Boston 1958. Dt. Übersetzung: Gesellschaft im Überfluß, München-Zürich 1959, Knaur-Taschenbuch, o.O. 1963.

Gellner, B.: Wird die kleine und mittlere industrielle Unternehmung diskriminiert?, Berlin 1968.

Giersch, H.: Allgemeine Wirtschaftspolitik. Bd I: Grundlagen, Die Wirtschaftswissenschaften, Hrsg. E. Gutenberg, 27. u. 28. Lieferung, Reihe B (Volkswirtschaftslehre), Beitrag Nr. 9, Wiesbaden 1960.

Griesbach, B.: Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild, München 1970.

Gross, H. u. Meier, J.: Größe und Größenstruktur der Unternehmen. Ursachen und Auswirkungen ihrer Wandlungen in der modernen Industriewirtschaft, FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Heft 19, Köln-Berlin-Bonn-München 1964.

Günther, E.: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 47, Karlsruhe 1960.

Derselbe: Probleme der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 52, Köln-Berlin-Bonn-München 1970.

Gutmann, G., Hochstrate, H.J. u. Schlüter, R.: Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Heft 4 der Schriften zum Vergleich wirtschaftlicher Lenkungssysteme, Hrsg. K.P. Hensel, Stuttgart 1964.

Häberle, P.: Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2.A., Karlsruhe 1972.

Hamann, A.: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Haltern 1953.

Hamel, W.: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957.

Hartmann, G.: Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentrationen, FIW-Schriftenreihe, Heft 7, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

Haussmann, F.: Das Dilemma eines deutschen Antitrustgesetzes. Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, Bern 1955.

Derselbe: Konzerne und Kartelle im Zeichen der "Wirtschaftslenkung", Zürich-Leipzig 1938.

Hayek, F.A. von: Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952.

Derselbe: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge, Hrsg. E. Schneider, Neue Folge, Heft 56, Kiel 1968.

Derselbe: Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971.

Hedemann, J.W.: Flucht in die Generalklauseln - eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.

Heinsheimer, K.: Lebendiges Recht, Heidelberg 1925.

Hellmann, R.: Die Kontrolle multinationaler Unternehmen, Baden-Baden 1974.

Hensel, K.P.: Einführung in die Theorie der Zentralverwaltungswirtschaft, Stuttgart 1954.

Hertle, F.: Standortprobleme der amerikanischen Eisen- und Stahlindustrie, Veröffentlichungen der List Gesellschaft e.V., Bd 12, Reihe B, Tübingen 1959.

Herzog, R.: Allgemeine Staatslehre, Frankfurt 1971.

Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5.A., Karlruhe 1972.

Heuß, E.: Allgemeine Markttheorie, Tübingen 1965.

Hofmann, W.: Die säkulare Inflation, Berlin 1962.

Hoppmann, E.: Fusionskontrolle, Tübingen 1972.

Huber, E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd 1, 2.A., Tübingen 1953.

Imboden, M.: Die politischen Systeme, Basel 1962.

Jaspert, F.: Methoden zur Erforschung der Werbewirkung, Stuttgart 1963.

Jewkes, J., Sawers, D. u. Stillerman, R.: The Sources of Invention, London-New-York 1960.

Jürgensen, H. u. Berg, H.: Konzentration und Wettbewerb im Gemeinsamen Markt - Das Beispiel der Automobilindustrie -, Wirtschaftspolitische Studien Bd 12, Aus dem Institut für Europäische Wirtschaftspolitik der Universität Hamburg, Hrsg. H. Jürgensen, Göttingen 1968.

Kägi, W.: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.

Kaiser, J.H.: Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956.

Kant, I.: Kritik der reinen Vernunft, 2.A., o.O. 1787.

Kantzenbach, E.: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. durchges. A., Wirtschaftspolitische Studien Bd 1, Aus dem Institut für Europäische Wirtschaftspolitik der Universität Hamburg, Hrsg. H. Jürgensen, Göttingen 1967.

Kartte, W.: Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln-Berlin-Bonn-München 1969.

Katona, G.: The Powerful Consumer, Psychological Studies of the American Economy, New York-Toronto-London 1960.

Kaufer, E.: Die Bestimmung von Marktmacht - Dargestellt am Problem des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik, Bern-Stuttgart 1967.

Kaysen, C. u. Turner, D.F.: Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis, Cambridge (Mass.) 1959.

Klein, H.H.: Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968.

Kleinwächter, F.: Lehrbuch der Nationalökonomie, 2. umgearb. A., Leipzig 1909.

Knöpfle, R.: Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, München 1966.

Krauss, R. von: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955.

Krüger, H.: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964.

Krusche, D.: Marktverhalten und Wettbewerb. Eine Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbewerbeschränkungen, Beiträge zur Verhaltensforschung, Hrsg. G. Schmölders, Köln-Berlin 1961.

Küng, E.: Der Interventionismus. Volkswirtschaftliche Theorie der staatlichen Wirtschaftspolitik, Bern 1941.

Lange, B.-P., Mendner, J.-H. u. Berzau, H.: Konzentrationspolitik in den USA, Tübingen 1972.

Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.

Laun, R.: Allgemeine Staatslehre, 9.A., Teil 1 u. 2, Schloß Bleckede 1964.

Leisner, W.: Grundrechte und Privatrecht, München-Berlin 195o.

Lenel, H.-O.: Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, Walter Eucken Institut, Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen Bd 2, 2. neubearb. A., Tübingen 1968.

Derselbe: Die Bedeutung der großen Unternehmen für den technischen Fortschritt, Tübingen 1968.

Lerche, P.: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln-Berlin-München 1961.

Leß, G.: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954.

Liefmann, R.: Kartelle, Konzerne und Trusts, 7.A., Stuttgart 1927.

Liefmann-Keil, E.: Einführung in die politische Ökonomie. Private Planung - öffentliche Lenkung, Herder Buchreihe Bd 173, Freiburg i.Br. 1964.

Lipsey, R.G.: Einführung in die positive Ökonomie, Köln 1971.

Lipsey, R.G. u. Steiner, P.O.: Economics, 2nd Ed., New York-London-Tokyo 1969.

Lohmann, M.: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 4. neubearb. A., Tübingen 1964.

Lukes, R.: "Der Kartellvertrag". Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, München-Berlin 1959.

Machlup, F.: The Production and Distribution of Knowledge in the United States, Princeton (N.J.) 1962.

Marbach, F.: Die Wirtschaftskonzentration, Düsseldorf-Wien 1964.

Marshall, A.: Principle of Economics. An Introductory Volume, 8th Ed., New York 1949.

Martin, D.D.: Mergers and the Clayton Act, Berkely-Los Angeles 1959.

Mason, E.S.: Economic Concentration and the Monopolic Problem, Cambridge (Mass.) 1957.

Maunz, Th.: Deutsches Staatsrecht, 18.A., München 1971.

Meyer, P.W.: Die Werbeerfolgskontrolle, Düsseldorf-Wien 1963.

Meyer-Cording, U.: Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954.

Meyer-Dohm, P.: Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit. Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung, Freiburg i.Br. 1965.

Miksch, L.: Wettbewerb als Aufgabe. Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 2. erw. A., Bad Godesberg 1947.

Mills, F.C.: Behavior of Prices, o.O. 1927.

Molsberger, J.: Zwang zur Größe? Zur These von der Zwangsläufigkeit der wirtschaftlichen Konzentration, Köln-Opladen 1967.

Müller, J.P.: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964.

Müller-Armack, A.: Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1946.

Derselbe: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Freiburg 1966.

Derselbe: Entwicklungsgesetze des Kapitalismus, Berlin 1932.

Derselbe: Religion und Wirtschaft. Geistesgeschichtliche Hintergründe unserer europäischen Lebensform, Stuttgart 1959.

Müller-Erzbach, R.: Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950.

Nelson, R.L.: Merger Movements in American Industry 1895-1956. A Study by the National Bureau of Economic Research (N.B.E.R.), New York-Princeton 1959.

Neumann, F.L.: The Democratic and the Authoritarian State, Glencoe (Ill.) 1957.

Nieschlag, R., Dichtl, E. u. Hörschgen, H.: Einführung in die Lehre von der Absatzwirtschaft. Ein entscheidungstheoretischer Ansatz, 3.A., Berlin 1970.

Nuscheler, F. u. Steffanie, W.: Pluralismus: Konzeptionen und Kontroversen, München 1972.

Ott, A.E.: Marktform und Verhaltensweise, Stuttgart 1959.

Penrose, E.T.: The Theory of the Growth of the Firm, Oxford 1959.

Peters, H.: Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln-Opladen 1954.

Phillips, A.: Market Structure, Organization, and Performance. An Essay of Price Fixing and Combinations in Restraint of Trade, Cambridge (Mass.) 1962.

Popper, K.R.: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Bd I: Der Zauber Platons. Aus dem Englischen übersetzt von P.K. Feyerabend, Sammlung Dalp, Bd 84, Bern 1957.
Bd II: Falsche Propheten. Hegel, Marx und die Folgen. Aus dem Englischen übersetzt von P.K. Feyerabend, Sammlung Dalp, Bd 85, Bern 1958.

Derselbe: Logik der Forschung, 2.A., Tübingen 1966.

Preiser, E.: Wirtschaftspolitik heute, München 1967.

Pritzkoleit, K.: Die neuen Herren, Wien-München-Basel 1955.

Quinn, Th.K.: Giant Business: A Threat to Democracy, New York 1955.

Radbruch, G.: Rechtsphilosophie, Hrsg. Erik Wolf, 4.A., Stuttgart 1950.

Rasch, H.: Deutsches Konzernrecht, 3. neubearb. A., Köln-Berlin-Bonn-München 1966.

Reimer, E.: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd 2, Wettbewerbsrecht, 4.A., Köln-Berlin-Bonn-München 1972.

Reuter, A.L.: Konzentration und Wirtschaftswachstum. Abhandlungen zur Mittelstandsforschung, hrsg. vom Institut für Mittelstandsforschung, Nr. 29, Köln-Opladen 1967.

Rikmann, F.: Der Monopolgewinn, Zürich 1962.

Rittershausen, H. von: Wirtschaft, Fischer-Lexikon, Bd 8, Frankfurt 1968.

Robinson, E.A.G.: The Structure of Competitive Industry, Cambridge 1959.

Robinson, J.: Doktrinen der Wirtschaftswissenschaft. Eine Auseinandersetzung mit ihren Grundgedanken und Ideologien, aus dem Englischen übertragen von A. Jeck, München 1965.

Dieselbe: The Economics of Imperfect Competition, 9th Ed., London 1950.

Röper, B.: Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, Berlin 1952.

Röpke, W.: Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5.A., Erlenbach-Zürich 1948.

Rössle, K.: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 5.A., Stuttgart 1956.

Rotteck, K. von: Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre, 2.A., o.O. 184o.

Rüstow, A.: Interessenpolitik oder Staatspolitik, VfS, Bd 187, München-Leipzig 1933.

Derselbe: Ortsbestimmung der Gegenwart. Eine universalgeschichtliche Kulturkritik, 3 Bde, Erlenbach-Zürich 195o, 1952, 1957.

Saladin, P.: Grundrechte im Wandel, Bern 197o.

Samuelson, P.A.: Volkswirtschaftslehre. Eine Einführung. Aus dem Amerikanischen übertragen und eingeleitet von W. Hankel, Bd II, 3. vollst. neubearb. A., Köln 1965.

Sandrock, O.: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968.

Sauer, W.: Juristische Methodenlehre, Stuttgart 194o.

Schätzle, G.: Forschung und Entwicklung als unternehmerische Aufgabe, Köln-Opladen 1965.

Scherer, F.M.: Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 197o.

Schiller, K.: Der Ökonom und die Gesellschaft, Stuttgart 1964.

Derselbe: Preisstabilität durch Globalsteuerung der Marktwirtschaft, Heft 15 der Vorträge und Aufsätze des Walter Eucken Instituts, Tübingen 1966.

Schmalenbach, E.: Der freien Wirtschaft zum Gedächtnis, 3. erw. u. verb. A., bearb. von R. Bauer, Köln-Opladen 1958.

Schmitz-Jersch: Verfassungsrecht, Münster 1973.

Schneider, E.: Einführung in die Wirtschaftstheorie. II. Teil: Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 7. verb. A., Tübingen 1961.

Scholz, R.: Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971.

Schuster, H.: Wettbewerbspolitik, München 1973.

Scitovsky, T.: Economic Theory and Western European Integration, London 1958.

Scupin, H.U.: Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, Münster 1950.

Seischab, H.: Betriebswirtschaftliche Grundbegriffe, Stuttgart 1961.

Seraphim, H.-J.: Theorie der allgemeinen Volkswirtschaftspolitik. Grundriß der Sozialwissenschaften, Bd 5, 2. verb. u. erw. A., Göttingen 1963.

Seyffert, R.: Wirtschaftslehre des Handels, 4.A., Köln-Opladen 1961.

Derselbe: Werbelehre, Theorie und Praxis in der Werbung, 2 Bde, Stuttgart 1966.

Sombart, W.: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, Bd III/2, unv. N., Berlin 1955.

Spranger, E.: Leben wir in einer Kulturkrisis? Sinn und Sein. Ein philosophisches Symposion, hrsg. von R. Wisser, Tübingen 1960.

Stackelberg, H. von: Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre. Hand- und Lehrbücher aus dem Gebiet der Sozialwissenschaften, Hrsg.: E. Salin und A. Spiethoff, 2. photomech. gedr. A., Tübingen-Zürich 1951.

Derselbe: Grundlagen einer reinen Kostentheorie, Wien 1932.

Stammler, R.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3.A., Berlin-Leipzig 1928.

Derselbe: Wirtschaft und Recht, 3.A., Berlin-Leipzig 1914.

Stein, L. von: System der Staatswissenschaft, Bd II, Die Gesellschaftslehre, Stuttgart-Augsburg 1856.

Steindl, J.: Small and Big Business, Oxford 1947.

Steuben, K.: Werbung und Wohlstand, Zürich-St. Gallen 1958.

Stocking, G. u. Watkins, M.W.: Monopoly and Free Enterprise, New York 1951.

Storck, H.: Mitbestimmung - ein evangelischer Beitrag. Schriftenreihe Mitbestimmung des DGB, Hrsg. Deutscher Gewerkschaftsbund, Düsseldorf 1969.

Sweezy, P.M.: Die Zukunft des Kapitalismus und andere Aufsätze zur politischen Ökonomie, übersetzt von M. Lang, Ed. Suhrkamp, Bd 314, o.O. 1970.

Tawney, R.: Religion and the Rise of Capitalism. A Historical Study, London 1926.

Tetzner, H.: Kartellrecht. Ein Leitfaden, 2. neubearb. A., München-Berlin 1967.

Tinbergen, J.: On the Theory of Economic Policy, 2.A., Amsterdam 1956.

Thiele, W.: Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht, Göttingen 197o.

Thorp, W.L. u. Quandt, R.E.: The New Inflation, New York-Toronto-London 1959.

Veblen, Th.: Theorie der feinen Leute. Aus dem Amerikanischen von S. Heintz und P. v. Haselberg, München 1971.

Vormbaum, H.: Finanzierung der Betriebe, Wiesbaden 1964.

Weber, W.: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951.

Weis, J.: Wirtschaftspolitische Leitsätze. Eine Dokumentation, Recklinghausen 1966.

Werner, J.: Wohlstand, Freiheit und Gerechtigkeit, Zürich-St. Gallen 1951.

Wieacker, F.: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1952, 2.A. 1967.

Derselbe: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953.

Willeke, F.-U.: Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973.

Wöhe, G.: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7. neubearb. u. erw. A., Berlin-Frankfurt 1967.

Zacher, H.F.: Freiheitliche Demokratie, München-Wien 1969.

Zippelius, R.: Das Wesen des Rechts, 2. neubearb. A., München 1969.

Derselbe: Allgemeine Staatslehre, 3.A., München 1971.

Zohlnhöfer, W.: Wettbewerbspolitik im Oligopol. Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, Veröffentlichungen der List Gesellschaft e.V., Bd 54, Reihe B, Basel-Tübingen 1968.

Zschokke, H.P.: Das amerikanische Antitrustrecht, Sonderdruck der List Gesellschaft e.V. aus "Baseler Juristische Mitteilungen", Heft Nr. 2, o.O. 1961.

Zwiedineck-Südenhorst, O. von: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 2.A., Berlin-Göttingen 1948.

II. Dissertationen und Kommentare

Beckmann, P.: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Münster 1966, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, hrsg. von E.-J. Mestmäcker i.V.m. K. Biedenkopf u. E. Hoppmann, Bd 6, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968.

Cromme, F.: Die quantitative Erfassung von Monopolmißbrauch und Monopolstellung in § 22 GWB, Diss., Münster 1966.

Fischer, H.: Der Unternehmer in der Sicht der modernen Preistheorie, Diss., Hamburg 1959.

Pendzig, W.: "Markt" und "Wettbewerb", zwei grundlegende Begriffe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Hamburg 1964.

Schinkel, W.: Die sachliche Abgrenzung des Marktes in § 22 GWB, Diss., Göttingen 1962.

Baumbach, A. u. Hefermehl, W.: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9.A., Bd 1, Wettbewerbsrecht, München-Berlin 1964.

Gemeinschaftskommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, hrsg. von H. Müller-Henneberg u. G. Schwartz, 2. neugest. A., Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

Hamann-Lenz: Das Grundgesetz, 3.A., Neuwied-Berlin 1970.

Langen, E.: Kommentar zum Kartellgesetz, 3.A., Neuwied-Berlin 1958.

Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Bd 1 u. 2, 2.A., Berlin-Frankfurt 1966.

Maunz-Dürig: Grundgesetz, Kommentar von Th. Maunz u. G. Dürig, Loseblattsammlung, 2.A., Berlin-München 1963.

Möller, A.: Kommentar zum Gesetz zur Förderung der Stabilität, Hannover 1968.

Stern-Münch: Gesetz zur Förderung der Stabilität, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967.

III. Beiträge aus Zeitungen, Zeitschriften, Handwörterbüchern und Sammelbänden

Achinger, H.: Sozialpolitische Aspekte der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 215 ff.

Ackley, G.: Administered Prices and the Inflationary Process, AER 1959, S. 419 ff.

Adelman, M.A.: Concept and Statistical Measurement of Vertical Integration, Business Concentration and Price Policy, A Conference of the Universities-National Bureau Committee for Economic Research, Princeton 1955, S. 281 ff.

Derselbe: Integration and the Antitrust Law, "Harvard Law Review", Vol. 63, Harvard 1949/5o, S. 27 ff.

Derselbe: The Measurement of Industrial Concentration, The Review of Economics and Statistics 1951, Vol. 33, S. 269 ff.

Derselbe: Problems and Prospects in Antitrust Policy - II, in: Perspectives on Antitrust Policy, Ed. A. Phillips, Princeton (N.J.) 1965, S. 32 ff.

Albert, H.: Der kritische Rationalismus Karl Raimund Poppers, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd 46, Neuwied-Berlin 196o, S. 391 ff.

Amerongen: Internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft, marktwirtschaft 1971, Nr. 12, S. 6 f.

Améry, J.: Die heutige Industriegesellschaft und die "Lebensqualität" als Problem der Gesellschaftsentwicklung, Universitas 1974, S. 165 ff.

Arndt, H.: (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, II, III, Berlin 196o; 2. völlig neubearb. A., Bd 2o/I, Berlin 1971.

Derselbe: Anpassung und Gleichgewicht am Markt, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd 17o, Stuttgart 1958, S. 217 ff, S. 362 ff, S. 434 ff.

Derselbe: Aufgaben und Gefahren der Konzentration für den freien Unternehmer. Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für E. v. Beckerath zum 75. Geburtstag, Hrsg.: N. Kloten, W. Krelle, H. Müller, F. Neumark, Tübingen 1964, S. 464 ff.

Derselbe: Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle, Kritik, Bd 2, Köln-Opladen 1969, S. 23 ff.

Derselbe u. Ollenburg, G.: Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, Berlin 196o, S. 3 ff.

Bachof, O.: Freiheit des Berufes, in: Die Grundrechte, 3 I, Handbuch für Theorie und Praxis, Hrsg. K.A. Bettermann u.a., Berlin 1958, S. 155 ff.

Backman, J.: Price Inflexibility - War and Postwar, Journal of Political Economics 1948, Vol.56, S. 428 ff.

Derselbe: Ist Werbung Verschwendung?, Wirtschaftsdienst 1968, S. 664 ff.

Badura, P.: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 1967, Bd 92, S. 382 ff.

Bain, J.S.: Advantages of the Large Firm: Production, Distribution and Sales Promotion, The Journal of Marketing, April 1956, S. 336 ff; Reprinted in: Business Organization and Public Policy, J. Levin (Ed.), New York 1956, S. 16o ff.

Derselbe: Relation of Profitrate to Industry Concentration: American Manufacturing 1936-4o, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 65 1951, S. 293 ff.

Derselbe: Discussion, AER 195o, P.P., S. 64 f.

Ballerstedt, K.: Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, Bd 3, 1. Halbbd, Berlin 1958, S. 1 ff.

Barnikel, H.-H.: Wenn es um Machtfragen geht, Der Volkswirt 197o, Nr. 18, S. 38 f.

Derselbe: Kartelle in Deutschland - Entwicklung, theoretische Ansätze und rechtliche Regelungen, in: Theorie und Praxis der Kartelle, Hrsg. H.-H. Barnikel, Darmstadt 1972, S. 4 ff.

Barske, K.: Das wirtschaftliche Eigentum, NWB, Fach 2, S. 1423 ff.

Derselbe: Berichtigung von Steuerbescheiden nach § 222 AO, NWB, Fach 2, S. 2oo7 ff.

Baumann, J.: Moderne Probleme der Strafrechtsreform, Universitas 1973, S. 363 ff.

Behrens, F.S.: Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, S. 481 ff.

Bender, E.: Die aktuellen Ziele der Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, S. 849 ff.

Benisch, W.: Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764 ff.

Derselbe: Die kartellfreie Kooperation nach der GWB-Novelle, WuW 1974, S. 69 ff.

Derselbe: Die Kompetenzverteilung bei einer Konzentrationskontrolle, WuW 197o, S. 718 ff.

Berg, F.: Nationale Fusionskontrolle - europafeindlich, marktwirtschaft 197o, Heft 5, S. 23 f.

Bernholz, P.: On the Reasons of the Influence of Interest Groups on Political Decision-Making, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 1974, Heft 11.

Bettermann, K.A. u. Loh, E.: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerung von Altkontrakten durch das Absicherungsgesetz, BB 1969, S. 7o ff.

Biedenkopf, K.: Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 26 ff.

Derselbe: Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, WuW 1968, S. 9 ff.

Derselbe: Rechtsfragen der konzertierten Aktion, BB 1968, S. 1oo5 ff.

Derselbe: Über das Vernältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 113 ff.

Blair, J.M.: The Conglomerate Merger in Economics and Law, Georgetown Law Journal, Bd 46, Washington D.C. 1957/58, S. 672 ff.

Derselbe: Price and Wage Flexibility, Economic Concentration and Depression Price Rigidity, AER 1955, Vol. 45, P.P., S. 566 ff.

Derselbe: On the Courses of Concentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, S. 828 ff.

Derselbe: Does large-scale enterprise result in lower costs? AER 1948, Vol. 38, P.P., S. 121 ff.

Bockelmann, P.: Die Prinzipien des Rechtsstaates und die gegenwärtige Entwicklung, Universitas 1973, S. 759 ff.

Derselbe: Recht und Sicherheit in der heutigen Entwicklung, Universitas 1973, S. 1191 ff.

Böhm, F.: Das Reichsgericht und die Kartelle, ORDO 1948, Bd I, S. 197 ff.

Derselbe: Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, ORDO 195o, Bd III, S. 15 ff.

Derselbe: Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd 1, hrsg. vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt/M., Karlsruhe 1961, S. 3 ff.

Derselbe: Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung, in: Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Wirtschaftswissenschaft, Hrsg. G. Schmölders, Berlin 1942, Heft 6, S. 51 ff.

Derselbe: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, ORDO 1958, Bd X, S. 167 ff.

Derselbe: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, in: Franz Böhm, Reden und Schriften, Hrsg. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 196o, S. 82 ff.

Derselbe: Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg, in: Franz Böhm, Reden und Schriften, Hrsg. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 196o, S. 158 ff.

Derselbe: Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, WuW 1956, S. 173 ff.

Derselbe: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, ORDO 1971, Bd XXII, S. 11 ff.

Derselbe: Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften, Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, Hrsg. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1960, S. 25 ff.

Bombach, G.: Ursachen der Nachkriegsinflation und Probleme der Inflationsbekämpfung, in: Stabile Preise in wachsender Wirtschaft. Das Inflationsproblem, hrsg. v. G. Bombach, Tübingen 1960, S. 187 ff.

Borchert, M.: Wettbewerbspolitische Kriterien von diversifizierenden Unternehmungszusammenschlüssen, WuW 1970, S. 257 ff.

Bork, R.H.: Vertical Integration and the Sherman Act. The legal History of an Economic Misconception, University of Chicago Law Review, Chicago (Ill.) 1954, S. 157 ff.

Boulding, K.E.: Welfare Economics, in: A Survey of Contemporary Economics, Vol. 2, Homewood (Ill.) 1952, S. 1 ff.

Brandt, K.: Wesen und Grenzen einer staatlichen Wettbewerbspolitik, MA 1960, S. 233 ff.

Derselbe: Konzentration und Wachstum, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 250 ff.

Brugger, G.: Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467 ff.

Brunn, J.H. von: Gedanken und Vorschläge für ein besseres Wettbewerbsgesetz, WuW 1972, S. 145 ff.

Clark, J.M.: Toward a Concept of Workable Competition, AER 1940, Vol. 30, Nr. 2, Part I, S. 241 ff.

Derselbe: Competition: Static Models and Dynamic Aspects, AER 1955, P.P., Vol. 45, S. 455 f.

Coing, H.: Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaft, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, VfS, N.F., Bd 33, Berlin 1964, S. 1 ff.

Derselbe: System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, Juristenzeitung 1951, S. 481 ff.

Comanor, W.S.: Vertical Mergers, Market Powers, And The Antitrust Laws, AER 1966, Vol. 56, P.P., S. 254 ff.

Dahl, R.A. u. Lindblom, Ch.E.: Sieben Grundziele der Gesellschaftsgestaltung, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Hrsg. Gérard Gäfgen, Köln-Berlin 1966, S. 211 ff.

Dörge, F.-W.: Konzentration und Kooperation in der wachsenden Wirtschaft, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 6. Jahrgang 1961, S. 1o9 ff.

Draheim, G.: Optimale Betriebsgröße - eine "Fata Morgana"?, in: Kreditinstitute - Konzeptionen für die 7oer Jahre, Beiheft zu Der Volkswirt 1969, Nr. 46, S. 32 ff.

Duden, K.: Entflechtung und Grundgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 7o. Geburtstag von Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein u. E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 3 ff.

Dunlop, J.T.: Price Flexibility and the "Degree of Monopoly", The Quarterly Journal of Economics 1939, Vol. 53, S. 522 ff.

Dürig, G.: Der Grundsatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd 81, Tübingen 1956, S. 117 ff.

Dürr, E.: Prozeßpolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Hrsg. W. Ehrlicher u.a., Bd 2, 3.A., Göttingen 1972, S. 95 ff.

Ebel, H.-R.: Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen I, NJW 1973, S. 1577 ff.

Derselbe: Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen II, NJW 1973, S. 1665 ff.

Edwards, C.D.: Conglomerate Bigness as a Source of Power, in: Business Concentration and Price Policy, A Report of the N.B.E.R., New York-Princeton 1955, S. 336 ff.

Ehmke, H.: "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 23 ff.

Ehrenberg, R.: "Selbstinteresse" und Geschäftsinteresse, Thünen-Archiv 1 (19o5/o6), S. 279 ff.

Else, P.K.: The Incidence of Advertising in Manufacturing Industries, Oxford Economic Papers, Oxford 1966, S. 88 ff.

Emmerich, V.: Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 119 ff.

Emminger, O.: Taktik und Strategie der Stabilitätspolitik, teilweise wiedergegeben bei G. Bombach, Taktik und Strategie in der Wirtschaftspolitik, Kyklos 1967, Bd XX, S. 103 ff.

Engel, E.: Die Zukunft der Eisenbahnen und ihre gesellschaftspolitische Bedeutung, Universitas 1974, S. 975 ff.

Engisch, K.: Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für das gesamte Staatsrecht, Bd 108, Tübingen 1952, S. 385 ff.

Enke, H.: Ziele der Stabilitätspolitik: Neuinterpretation, Messungsprobleme, Empirische Interdependenzen (Einschließlich theoretische Deutung), in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, Hrsg.: B. Gahlen, H.K. Schneider, Tübingen 1974, S. 3 ff.

Enos, J.L.: Invention and Innovation in the Petroleum Refining Industry, Universities - National Bureau Conference, The Rate and Direction of Inventive Activity, Economic and Social Factors, Princeton (N.J.) 1962, S. 299 ff.

Eucken, W.: Die zeitliche Lenkung des Wirtschaftsprozesses und der Aufbau der Wirtschaftsordnungen, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1944, Bd 159, Heft 3/4.

Derselbe: Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 1949, Bd II, S. 5 ff.

Derselbe: Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus, Wirtschaftliches Archiv 1932, Bd 36 II, S. 303.

Fabricant, S.: Study of the Size and Efficiency of the American Economy, in: Economic Consequences of the Size of Nations, E.A.G. Robinson (Ed.), I.E.A., London 1960, S. 35 ff.

Fack, F.U.: Wachstum und Wettbewerb. Zum "neuen wettbewerbspolitischen Leitbild", junge wirtschaft, 16. Jahrg., o.O. 1968, S. 136 ff.

Fellner, W.: Collusion and Its Limits under Oligopoly, AER 1950, Vol. 40, Nr. 2, P.P., S. 55 ff.

Felter, F.: The Fundamental Principle of Efficiency in Mass--production, in: Relative Efficiency of Large, Mediumsized and Small Business, TNEC Monograph, Washington 1941, S. 398 ff.

Fertschl-Röver, D.: Selbständige Unternehmer im Wettbewerb, marktwirtschaft 197o, Heft 3, S. 6 f.

Fikentscher, W.: Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 7o. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 261 ff.

Derselbe: Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff.

Fischer, R.: Wachstum, Effizienz und Marktverhalten konglomeraler Unternehmen, WuW 1973, S. 245 ff.

Föhl, C.: Ursachen und Beeinflußbarkeit der Vermögenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 156 ff.

Franceschelli, R.: Stand und Zukunftsaussichten der italienischen Gesetzgebung zum Schutz des freien Wettbewerbs, WuW 1969, S. 82 ff.

Franke, J.F.A.W.: Marktmacht und Inflation, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 1973, S. 285 ff.

Frey, B.S.: Wirtschaft und Politik - Zur heutigen Situation der Nationalökonomie als politische Wissenschaft, Universitas 1974, S. 785 ff.

Derselbe: Inflation und Verteilung: Die Sicht der Ökonomischen Theorie der Politik, WiSt 1973, Nr. 1o, S. 457 ff.

Gäfgen, G.: Allgemeine Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Hrsg.: W. Ehrlicher, I. Esenwein-Rothe, H. Jürgensen u. K. Rose, Bd 2, Göttingen 1968, S. 117 ff.

Gahlen, B.: Hat die soziale Marktwirtschaft versagt?, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 4, S. 32 ff.

Galbraith, J.K.: Monopoly and the Concentration of Economic Power, in: A Survey of Contemporary Economics, Bd I, Philadelphia 1948, S. 87 ff.

Derselbe: Market Structure and Stabilisation Policy, The Review of Economics and Statistics 1957, Vol. 39, S. 124 ff.

Derselbe: Monopoly Power and Price Rigidities, Quarterly Journal of Economics 1936, Vol. 51, S. 456 ff.

Gandenberger, O.: Über das Verhältnis von Wissenschaft und Politik im Bereich der Sozialökonomik, ORDO 1970, Bd XXII, S. 86 ff.

Ganser, K.: Freizeit, Konsumzeit und Umweltprobleme, Universitas 1973, S. 55 ff.

Gemeinschaftsbeitrag: Zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: E.-J. Mestmäcker i.V.m. K. Biedenkopf u. E. Hoppmann, Bd 7, Berlin-Zürich 1968, S. 5 ff.

Gentz, M.: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, S. 1600 ff.

Glastetter, W.: Bedingungen einer modernen Stabilitätspolitik, in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, Hrsg.: B. Gahlen, H.K. Schneider, Tübingen 1974, S. 79 ff.

Gleiss/Bechthold: Das neue Deutsche Kartellgesetz, Der Betriebs-Berater 1973, S. 1142 ff.

Görgens, E.: Offene Fragen der Kartellgesetznovelle, marktwirtschaft 1970, Heft 8, S. 9 ff.

Gould, J.R.: The Firm's Demand for Intermediate Products, Economica, New Series 1960, Vol. 27, S. 32 ff.

Gray, A.: Economics: Yesterday and To-morrow, The Economic Journal, The Journal of the Royal Economic Society, Vol. 59, London 1949, S. 510 ff.

Greiß, F.: Unternehmertum in letzter Bindung an höhere Werte, in: Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für Alfred Müller-Armack, hrsg. v. F. Greiß u. F.W. Meyer, Berlin 1961, S. 534 ff.

Gries, G.: Teils überflüssig, teils bedenklich, marktwirtschaft 1970, Heft 4, S. 19 ff.

Griesbach, B.: Fusionswelle 1968/69, Die Aussprache, Organ der Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer e.V., Bonn 1969, S. 274 ff.

Derselbe: Wettbewerbspolitik im Rahmen der Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 39 ff.

Derselbe: Wettbewerb um Wettbewerb, 1. Folge: Fusionskontrolle, marktwirtschaft 1971, Heft 8, S. 15 ff.

Derselbe: Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1962, S. 1o11 ff.

Grochla, E.: Art. "Finanzierung", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 3, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 6o4 ff.

Groeben, H. von der: Die Politik der Europäischen Kommission auf dem Gebiet der Rechtsangleichung, NJW 197o, S. 362 ff.

Derselbe: Unternehmenszusammenschlüsse aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaft. Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration in nationaler und internationaler Sicht, Hrsg.: E. Salin, J. Stöhler mit P. Pacolowsky, Basel-Tübingen 1969, S. 1o4 ff.

Günther, E.: Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111 ff.

Derselbe: Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, Zehn Jahre Bundeskartellamt, Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 11 ff.

Derselbe: Die Aufgabe des Bundeskartellamtes in der Wettbewerbspolitik, ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd 125, Stuttgart 1963, S. 4o ff.

Derselbe: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 196o, S. 159 ff.

Derselbe: Zum Wettbewerbsbegriff in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, S. 269 ff.

Derselbe: Die Wettbewerbsordnung in der Marktwirtschaft, in: Planung in der Marktwirtschaft, Stuttgart 1964, S. 199 ff.

Derselbe: Wandlungen des Wettbewerbs?, in: Freie Gesellschaft und freie Marktwirtschaft, Tagesprotokoll Nr. 25 der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Ludwigsburg 1966, S. 21 ff.

Derselbe: Was bringt die Kartellgesetznovelle?, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 28, S. 2o.

Derselbe: Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten -Entwurfs, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 183 ff.

Derselbe: Probleme der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 52, Köln-Berlin-Bonn-München 197o, S. 7.

Derselbe: Europäische und nationale Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 279 ff.

Hale, G.E.: Diversification: Impact of Monopoly Policy upon Multi-Product Firms, University of Pennsylvania Law Review, Bd 98, Philadelphia 1949/5o, S. 32o ff.

Haller, H.: Konzentration und Finanzpolitik, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 288 ff.

Hamberg, D.: Invention in the Industrial Research Laboratory, The Journal of Political Economy, Bd 71, Chicago (Ill.) 1963, S. 95 ff.

Hansen, K.: Ökonomische Theorie und wirtschaftliche Macht, WuW 197o, S. 655 ff.

Harders, F.: Wie groß sollen Stahlkonzerne sein?, Der Volkswirt 1969, Nr. 22, S. 26.

Harlan, (Justice): Die Behandlung diversifizierender Zusammenschlüsse nach Sect 7 Clayton Act. Dissenting Opinion im Procter & Gamble/Clorox-Fall, WuW 1968, S. 44o ff.

Hart, P.E.: Concentration and its Measurement in the United Kingdom, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, Berlin 196o, S. 653 ff.

Hax, K.: Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N. F., Bd 22, Berlin 1961, S. 61 ff.

Derselbe: "Finanzwirtschaft (Die langfristigen Finanzdispositionen)", in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd I, Köln-Opladen 1958, S. 453 ff.

Hayek, F.A. von: Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, ORDO 1967, Bd XVII, S. 26 ff.

Heflebower, R.B.: Economics of Size, The Journal of Business 1 /5o, Vol. 23, S. 255 f.

Derselbe: Conscious Parallelism and Administered Prices, in: Perspectives on Antitrust Policy, ed. by A. Phillips, Princeton (N.J.) 1965, S. 89 ff.

Henschel, R.: Institutionelle und organisatorische Hintergründe der Stabilitätspolitik, in: Grundfragen der Stabilitätspolitik, Hrsg.: B. Gahlen, H.K. Schneider, Tübingen 1974, S. 37 ff.

Hensel, K.P.: Ordnungspolitische Betrachtungen zur katholischen Soziallehre, ORDO 1949, Bd II, S. 229 ff.

Henzel, F.: Wirtschaftswachstum und Preisstabilität - betriebswirtschaftlich gesehen, Der Volkswirt 1969, Nr. 3o, S. 29 f.

Henzler, R.: Konzentrationsprobleme in der Unternehmungssphäre, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 321 ff.

Hesse, K.: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 71 ff.

Heuß, E.: Wettbewerb - kein Gegenstand wirtschaftspolitischer Opportunität, Der Volkswirt 197o, S. 42.

Derselbe: Die amerikanische Antitrustpolitik im Lichte der Monopolbekämpfung in Europa, ORDO 1957, Bd IX, S. 65 ff.

Derselbe: Konzentration, Mythos und Wirklichkeit, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1969, S. 561 ff.

Derselbe: Freiheit und Ungewißheit, ORDO 1965, Bd XV/XVI, S. 43 ff.

Derselbe: Der Mißbrauch des Rechts durch die Wirtschaftspolitik. Bemerkungen zum Stabilitätszuschlagsgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 245 ff.

Hickman, B.G.: Postwar Cyclical Experience and Economic Stability, AER 1958, Vol. 48, P.P., S. 117 ff.

Hietzig, J.: "Made in Germany" in Gefahr, marktwirtschaft 197o, Heft 8, S. 26.

Hirsch, J.: Funktionsveränderungen der Staatsverwaltung in spätkapitalistischen Industriegesellschaften, Blätter für deutsche und internationale Politik 1969, Bd XIV, S. 151 ff.

Höffner, J.: Die Aufgaben des christlichen Unternehmers in Betrieb, Verband, Öffentlichkeit und Staat, in: Gesellschaftspolitik aus christlicher Weltverantwortung, Sonderband des: Jahrbuch des Instituts für christliche Sozialwissenschaften, Hrsg.: W. Schreiber u. W. Dreier, Münster 1966, S. 413 ff.

Derselbe: Machtgruppen in der modernen Gesellschaft, ibid., S. 87 ff.

Derselbe: Planwirtschaft und Marktwirtschaft als Rahmenordnungen, ibid., S. 27 ff.

Derselbe: Soziale Sicherheit und Eigenverantwortung - zehn Leitsätze, ibid., S. 307 ff.

Derselbe: Der Mensch im Mittelpunkt der sozialen Ordnung, ibid., S. 423 ff.

Derselbe: Neoliberalismus und christliche Soziallehre, in: Gesellschaftspolitik aus christlicher Weltverantwortung, Sonderband des: Jahrbuch des Instituts für christliche Sozialwissenschaften, Hrsg.: W. Schreiber u. W. Dreier, Münster 1966, S. 37 ff.

Derselbe: Sozialethik und Wirtschaftsordnung, ibid., S. 25 ff.

Derselbe: Wettbewerbsordnung und Wirtschaftsethik, ibid., S. 45 ff.

Hoppmann, E.: Das GWB bleibt unvollständig, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1968, S. 682 ff.

Derselbe: Preismeldestellen und Wettbewerb. Einige Bemerkungen zu den wettbewerbstheoretischen Grundlagen der neueren Diskussion über Preismeldestellen, WuW 1966, S. 97 ff.

Derselbe: Zum Schutzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: E.-J. Mestmäcker i.V.m. K. Biedenkopf u. E. Hoppmann, Bd 7, Berlin-Zürich 1968, S. 61 ff.

Derselbe: Wirtschaftliches Wachstum und das "Gesetz steigender Handelsspannen", Wirtschaftsdienst, Hamburg 1955, S. 321 ff.

Derselbe: Konzertierte Aktion und der "Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung", in: Konzertierte Aktion - Kritische Beiträge zu einem Experiment, Frankfurt 1971, S. 285 ff.

Derselbe: Workable Competition (funktionsfähiger Wettbewerb). Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1966, Bd 1o2, S. 249 ff.

Derselbe: Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Th. Wessel zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 145 ff.

Derselbe: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd 48, Hrsg. H.K. Schneider, Berlin 1968, S. 9 ff (gestraffte Vortragsfassung von Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO 1967, Bd XVIII, S. 77 ff).

Derselbe: "Neue Wettbewerbspolitik": Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung. Bemerkungen zu einem "neuen Leitbild der Wettbewerbspolitik", Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 197o, Bd 184, S. 397 ff.

Derselbe: Noch einmal zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen. Eine Bemerkung über konkurrierende Ansätze der Wettbewerbspolitik, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1974, Bd 188, S. 256 ff.

Derselbe: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1966, Bd 179, S. 286 ff.

Derselbe: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1967, Bd 181, S. 251 ff.

Hort, P.: Fusionskontrolle - ein Federbusch?, FAZ v. 29.4. 1971, S. 15.

Huber, E.R.: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 ff.

Huber, H.: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festschrift für Zaccaria Giacometti zum 6o. Geburtstag, Zürich 1953, S. 59 ff.

Humphrey, D.D.: The Nature and Meaning of Rigid Prices, 189o-1933, Journal of Political Economy 1937, S. 651 ff.

Immenga, U.: Der Preis der Konzernierung, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 253 ff.

Jäckel, H.: Art. "Sozialstaat", in: Wörterbuch zur politischen Ökonomie, Hrsg. G. v. Eynern u.a., Opladen 1973, S. 352 ff.

Jochimsen, R. u. Knobel, H.: Zum Gegenstand und zur Methodik der Nationalökonomie, in: Gegenstand und Methoden der Nationalökonomie, Hrsg. R. Jochimsen u. H. Knobel, Köln 1971, S. 1 ff.

Jones, C.: Pragmatische Einstellung bei Fusionen in der britischen Industrie, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1968, S. 320 ff.

Jürgensen, H. u. Berg, H.: Die amerikanische Herausforderung - ein Papiertiger? Das Beispiel der Automobilindustrie, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1968, S. 255 ff.

Kaiser, J.H.: Pressure groups, in: Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1955, S. 399 ff.

Kaldor, N.: Market Imperfection Excess Capacity, Readings in Price Theory, Selection Committee: G.J. Stigler, K.E. Boulding, London 1953, S. 384 ff.

Kantzenbach, E.: Tauziehen um die Fusionskontrolle, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1969, S. 303 f.

Derselbe: Aufgaben einer gemeinsamen Industriepolitik, Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration in nationaler und internationaler Sicht, Hrsg.: E. Salin, J. Stöhler mit P. Pacolowsky, Basel-Tübingen 1969, S. 95 f.

Derselbe: 8 Thesen zur Fusionskontrolle, Der Volkswirt 1970, Nr. 4, S. 41 f.

Derselbe: Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N. F., Bd 20/I, 2. erw. A., Berlin 1971, S. 159 ff.

Derselbe: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von E. Hoppmann, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1967, Bd 181, S. 193 ff.

Derselbe u. Mumme, C.-H.: Auf dem Wege zur "aufgeklärten" Wettbewerbspolitik?, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1968, S. 261 ff.

Kartte, W.: Wer gefährdet die Marktwirtschaft?, Der Volkswirt 1970, Nr. 17, S. 103 f.

Derselbe: Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, S. 565 ff.

Derselbe: Umstrittene Kartellgesetznovelle, marktwirtschaft 1971, Heft 1/2, S. 21 f.

Katterle, S.: Stabilitätspolitik und Macht. Zur Kritik der Stabilitätskonzeption des Sachverständigenrates, Wirtschaftswoche 1972, Nr. 45, S. 53 ff.

Kaufer, E.: Ökonomie von Forschung und Entwicklung (Die Mikroökonomie des technischen Fortschritts in wettbewerbstheoretischer Sicht), in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: E.-J. Mestmäcker i.V.m. K. Biedenkopf u. E. Hoppmann, Bd 7, Berlin-Zürich 1968, S. 445 ff.

Derselbe: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Eine Replique, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1967, Bd 181, S. 242 ff.

Kellermann, A.: Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 61 ff.

Kirschen, E.S. u.a.: Ziele der praktischen Wirtschaftspolitik, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Hrsg. G. Gäfgen, Köln-Berlin 1966, S. 237 ff.

Klaue, S.: Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 249 ff.

Derselbe: Gedanken zur Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970, S. 164 ff.

Derselbe: Gedanken zur Fusionskontrolle, Der Volkswirt 1970, Nr. 33, S. 35 ff.

Kleinhenz, G.: Interessenverbände und sozialstaatliche Wirtschaftspolitik, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 1963, S. 307 ff.

Kleinknecht, Th.: Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, S. 1537 ff.

Kloepfer, M.: Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen, NJW 1971, S. 1585 ff.

Knöpfle, R.: Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, S. 159 ff.

Koch, E.: Freiheit und Wettbewerb, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 269 ff.

Koenigs, F.: Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1o41 ff.

Köhler, K.-H. von: Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, NJW 1971, S. 118 ff.

Derselbe: Gehört das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht?, Der Betrieb 1969, S. 1829 ff.

Derselbe: Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung im Kartellrecht, NJW 1971, S. 1537 ff.

Kölle, H.-M.: US-Hauptversammlungen werden zum Tribunal. Militante Protestbewegung rüttelt an den Grundfesten der Unternehmenspolitik, Die Welt v. 2o.4. 197o, Nr. 91, S. 1o.

Körber, K.-O.: Konzentrationsbegriffe in der politischen Diskussion, WuW 1964, S. 822 ff.

Kroeber-Riel, W.: Erotik verführt zum Kauf, Wirtschaftswoche 1974, Nr. 52/53, S. 5o ff.

Derselbe: Man möchte manipulieren, aber nicht in den Ruf der Manipulation kommen, Wirtschaftswoche 1974, Nr. 19, S. 26.

Kröll, M.: Walter Eucken und die Theorie der Wirtschaftslenkung, Jahrb. für Sozialwissenschaften 1966, Bd 17, S. 316 ff.

Krüger, H.: "Verfassung", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 11, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 72 ff.

Kuhn, H.: Ordnung im Werden und Zerfall, in: Das Problem der Ordnung, Sechster Deutscher Kongreß für Philosophie, München 196o, hrsg. von H. Kuhn u. F. Wiedmann, Meisenheim/Glan 1962, S. 3 ff.

Kühne, J.: Die gesellschaftspolitische Bedeutung der Bodenfrage, Universitas 1975, S. 271 ff.

Küng, E.: Art. "Interventionismus", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 5, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956, S. 321 ff.

Derselbe: Der ökonomische Aspekt des Kartellwesens, in: Die Frage einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, Zürich o.J., S. 7 ff.

Derselbe: Wettbewerb, Konsum und Wohlfahrt - Neuorientierung der Leistungsgesellschaft?, Universitas 1974, S. 513 ff.

Leibenstein, H.: Allocativ versus "X-Efficiency", AER 1966, Vol. 56, S. 392 ff.

Lenders, H.: Wettbewerb und Unternehmerinitiative, marktwirtschaft 1970, Heft 5, S. 14 ff.

Lenel, H.-O.: Vom Stand der Konzentrationsdebatte in der Bundesrepublik Deutschland nach der Kissinger Tagung des VfS, ORDO 1962, Bd XIII, S. 281 ff.

Derselbe: Schadet Konzentration dem Wettbewerb?, Der Volkswirt 1969, Nr. 17, S. 44 ff.

Derselbe: Haben wir noch eine soziale Marktwirtschaft?, ORDO 1971, Bd XXII, S. 29 ff.

Löbsack, Th.: Die Müll-Lawine in unserer Gegenwart, Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Heft 12, Stuttgart 1971, S. 1285 ff.

Lohmann, M.: Zur gegenwärtigen Situation des industriellen Mittelbetriebes, in: Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Nürnberger Abhandlungen, Heft 10, Berlin 1959, S. 27 ff.

Losacker, L.: Fusionskontrolle und Unternehmerfreiheit, marktwirtschaft 1970, Heft 2, S. 17 f.

Lukes, R.: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.

Derselbe: Wettbewerbsrecht und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 20/I, 2.A., Berlin 1971, S. 579 ff.

Lutz, F.A.: Gefahren und Vorteile einer leichten Inflation, in: Das Problem der Geldwertstabilität, Berlin 1959, S. 10 ff.

Machmann, L.M.: Marktwirtschaft und Modellkonstruktion, ORDO 1966, Bd XVII, S. 261 ff.

Mänken, E.W.: Gips und Gummi. Die Kartellgesetznovelle ist ein fauler Kompromiß, junge wirtschaft 1971, Heft 8/9, S. 278 ff.

Mann, H.M., Henning, J.A. u. Mechan Jr., J.W.: Advertising and Concentration: An empirical Investigation, The Journal of Industrial Economics, Vol. 16, Oxford 1967/68, S. 34 ff.

Marcic, R.: Die bedingte Natur des positiven Rechts, Juristenzeitung 1960, S. 198 ff.

Markham, J.W.: Survey of the Evidence and Findings on Mergers, Business Concentration and Price Policy. A Conference of the Universities - National Bureau Committee for Economic Research, Princeton 1955, S. 141 ff.

Mason, E.S.: Price Inflexibility, The Review of Economics and Statistics 1938, S. 53 ff.

Maule, C.J.: A Note on Mergers and Business Cycles, The Journal of Industrial Economics, Vol. 16, Oxford 1967/68, S. 99 ff.

Mazur, P.: Does Distribution Cost enough?, Fortune 1947, Nr. 11, S. 137 ff.

Means, G.C.: Industrial Prices and their Relative Inflexibility, Senate Documents Nr. 13, 74th Congress, 1st Session, Washington 1935.

Meinhold, H.: Westdeutsche Wirtschaftspolitik und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, Berlin 1960, S. 1333 ff.

Merz, H.: Kartellrecht: Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 227 ff.

Mestmäcker, E.-J.: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, Juristenzeitung 1964, S. 441 ff.

Derselbe: Absage an den Ständestaat, Wirtschaftswoche 1972, Nr. 18, S. 32 ff.

Derselbe: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 383 ff.

Meyer, F. u. Gröner, H.: Internationale Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, Berlin 1960, S. 753 ff.

Meyer-Donm, P.: Der Verbraucher in der Marktwirtschaft, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1966, S. 166 ff.

Derselbe: Der private Haushalt im Prozeß der Bedarfsdifferenzierung, in: Strukturwandlungen einer wachsenden Wirtschaft, Bd I, hrsg. v. F. Neumark, VfS, N.F., Bd 3o/I, Berlin 1964, S. 67 ff.

Miksch, L.: Wirtschaftsmoral und Wirtschaftsordnung, in: Wirtschaftsverwaltung, Jahrgang I, Dezember 1948, S. 2 ff.

Molitor, B.: Rückblick als wirtschaftspolitischer Test, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1969, S. 432 ff.

Möller, A.: Steuergesetzgebung und Wettbewerbspolitik, marktwirtschaft 197o, Heft 4, S. 2 f.

Monod, J., Szent-Györgyi, A. von u. Wald, G.: Die Weltsituation heute, die Umweltprobleme und die Zukunft, Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Stuttgart 1972, S. 1 ff.

Möschel, W.: Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1 GWB, NJW 1975, S. 94 ff.

Morgenstern, O.: Spieltheorie: Ein neues Paradigma der Sozialwissenschaften, in: Gegenstand und Methoden der Nationalökonomie, Hrsg. R. Jochimsen u. H. Knobel, Köln 1971, S. 175 ff.

Müller, J.H.: Konzentration und Wettbewerb, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 117 ff.

Müller, W.F.: Public Policy toward Vertical Mergers, in: Public Policy toward Mergers, Ed. J.F. Weston, S. Peltzman, Pacific Palisades, Calif. 1969, S. 161 ff.

Müller-Armack, A.: Art. "Soziale Marktwirtschaft", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 9, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956, S. 39o ff.

Derselbe: Die Wirtschaftsordnung sozial gesehen, ORDO 1948, Bd I, S. 125 ff.

Derselbe: Fortschreibung der sozialen Marktwirtschaft, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 8o. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 449 ff.

Müller-Hermann, E.: Das Kartellgesetz, marktwirtschaft 197o, Heft 5, S. 17 f.

Müller-Römer, D.: Zur rechtlichen Tragweite von § 1 Stabilitätsgesetz, DÖV 1969, S. 7o3 ff.

Nawiasky, H.: Positives und überpositives Recht, Juristenzeitung 1954, S. 717 ff.

Nebelung, H.: Verkehrsentwicklung und Umweltschutz in der heutigen Industriegesellschaft, Universitas 1974, S. 815 ff.

Nelson, R.R.: The Simple Economics of Basic Scientific Research, The Journal of Political Economy, Bd 67, Chicago (Ill.) 1959, S. 297 ff.

Niederhausen, O.: Unzulässige Verallgemeinerungen, Wirtschaftsdienst 1973, S. 346 ff.

Niehans, J.: Das ökonomische Problem des technischen Fortschritts, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Bern 1954, Bd 9o, S. 151 ff.

Nieschlag, R.: Unternehmung und Eigentümer, Der Österreichische Betriebswirt 1965, Bd XV, S. 121 ff.

Nipperdey, H.C.: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S. 211 ff.

Derselbe: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 195o, S. 193 ff.

Nutter, G.W.: Monopoly, Bigness, and Progress, The Journal of Political Economy, Bd 64, Chicago (Ill.) 1956, S. 52o ff.

Peck, M.J.: Inventions in the Postwar American Aluminium Industry, Universities - National Bureau Conference, The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton (N.J.) 1962, S. 279 ff.

Peschel, P.: Modernisierung des Wettbewerbs verlangt Fusionskontrolle, marktwirtschaft 197o, Heft 4, S. 15 f.

Pichl, E.: Macht und Gegenmacht, Wirtschaftsdienst 1973, S. 342 ff.

Pitofski, R. u. Millstein, I.M.: Trade Regulation, 1965, Annual Survey of American Law, New York 1966, S. 1o3 ff.

Plaßmann, J.: Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 197o, S. 779 ff.

Poeche, J.: Negative Konsequenzen einer Konzentrationskontrolle für mittelständische Unternehmen, Der Betrieb 197o, S. 889 ff.

Pohmer, D.: Zur Abstimmung des Steuersystems auf die Wirtschaftsordnung, in: Finanzarchiv, N.F., Bd 15, S. 373 ff.

Derselbe: Die Konzentrationsbegünstigung durch die Unternehmensbesteuerung, in: Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Heft 1o, Berlin 1959, S. 213 ff.

Raab, M.: Frißt die Inflation ihre Väter?, junge wirtschaft 1971, Heft 8/9, S. 268 ff.

Raisch, P.: Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer und gesamtwirtschaftlicher Sicht, in: Raisch, Sölter, Kartte, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 197o, S. 11 ff.

Derselbe: Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd 7, Berlin-Zürich 1968, S. 357 ff.

Raiser, L.: Vertragsfreiheit heute, Juristenzeitung 1958, S. 1 ff.

Derselbe: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.

Rauschenbach, G.: Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater, NJW 1973, S. 1857 ff.

Reich, N.: Fusionskontrolle oder Fusionserlaubnis?, ZRP 1971, S. 234 ff.

Reuter, A.L.: Tragen die "Kleinen" den Fortschritt?, Der Volkswirt 1968, Nr. 5o, S. 44 ff.

Ritschl, H.: Spezialdiskussion zum Thema "Konzentration und Finanzpolitik" von H. Haller in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 313 f.

Ritter, E.H.: Der Wandel der Wirtschaftspolitik und die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, S. 1393 ff.

Rittner, F.: Art. "Wirtschaftsrecht", Staatslexikon, Bd VIII, 6.A., Freiburg 1963, Sp. 817 ff.

Derselbe: Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, S. 65 ff.

Röper, B.: Gedanken eines Volkswirts zur Novellierung des GWB, marktwirtschaft 197o, Heft 8, S. 5 f.

Röpke, W.: Art. "Staatsinterventionismus", Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. gänzl. umgearb. A., Ergänzungsband, Hrsg.: L. Elster u. A. Weber, Jena 1929, S. 821 ff.

Rose, K.: Bemerkungen zur Theorie der Kosteninflation, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 1961, Bd 12, S. 337 ff.

Rosenmeyer, L.: Über das wechselseitige Verhältnis von Empirie, Theorie und Praxis, Kölner Zeitschrift für Soziologie, Bd 19, 1967, S. 44o ff.

Rüstow, A.: Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, ORDO 1949, S. 1oo ff.

Derselbe: System, Interessengruppen, Politik, Freiheit, in: Wirtschaft - Gesellschaft und Kultur, Festschrift für Alfred Müller-Armack, Hrsg.: F. Greiß, F.W. Meyer, Berlin 1961, S. 61 ff.

Salin, E.: Soziologische Aspekte der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 16 ff.

Derselbe: Sozilogische Aspekte der Konzentration (III), in: Die Zeit, Nr. 41 v. 7.1o.196o.

Sandrock, O.: Kritische Bemerkungen zum Entwurf für die zweite Kartellgesetz-Novelle, WuW 1969, S. 2o5 ff.

Schade, H.: Diversifizierung - Instrument der Unternehmenspolitik, marktwirtschaft 197o, Heft 2, S. 3o ff.

Schäfer, M.: Soziale Marktwirtschaft - Höchstmaß persönlicher Freiheit, Handelsblatt, Sonderausgabe anläßlich des 75. Geb. v. L. Erhard, Nr. 24 v. 3.2.1972, S. VI f.

Scherer, F.M.: Size of Firm, Oligopoly, and Research: A Comment, The Canadian Journal of Economics and Political Science, Bd 31, Toronto 1965, S. 256 ff.

Scheuner, U.: Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates. Einführung, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Hrsg. U. Scheuner, Frankfurt 1971, S. 9 ff.

Schiller, K.: Schwerpunkte moderner Wettbewerbspolitik, marktwirtschaft 1971, Heft 1o, S. 1o ff.

Derselbe: Art. "Wirtschaftspolitik", HdSW, Bd 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 21o ff.

Schlegel, J.: Brauchen wir ein neues Leitbild?, BB 1969, S. 656 ff.

Schmidt, I.: Reform des GWB. Aufgabe des nächsten Bundestages, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1969, S. 45o ff.

Derselbe: Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699 ff.

Derselbe: Relevanter Markt. Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, S. 453 ff.

Derselbe: Konzentrationseuphorie, marktwirtschaft 197o, Heft 2, S. 18 f.

Derselbe: Fusionskontrolle - Rückblick und Ausblick, marktwirtschaft 1971, Heft 1/2, S. 22 ff.

Derselbe: Schwerpunkte bei der Novellierung des Kartellgesetzes, marktwirtschaft 197o, Heft 4, S. 25.

Derselbe: Technischer Fortschritt und Unternehmensgröße, marktwirtschaft 197o, Heft 12, S. 36 f.

Schmidtchen, D.: Wirtschaftspolitik im Dienst von "Kapitalinteressen"?, ORDO 197o, Bd XXII, S. 49 ff.

Derselbe: Für eine konsequente Wettbewerbspolitik und über die Wege dorthin - Bemerkungen über das Wettbewerbsverständnis des Sachverständigenrates, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1973, S. 1o2 ff.

Schmitz, W.G.: Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2o89 ff.

Schmölders, G.: Volkswirtschaftliche Probleme der sogenannten Selbstfinanzierung, in: Moderne Investitionsfinanzierung, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen der Westdeutschen Finanzierungsgesellschaft mbH, Essen 1959, S. 15 ff.

Derselbe: Aufklärung des "kleinen Mannes" ist die Aufgabe der Zukunft, in: Soziale Marktwirtschaft - Ordnung der Zukunft, Handelsblatt, Sonderausgabe anläßlich des 75. Geb. v. L. Erhard, Nr. 24 v. 3.2.1972, S. XV ff.

Schmookler, J.: Bigness, Fewness and Research, The Journal of Political Economy 1957, Vol. 67, S. 628 ff.

Schmücker, K.: Die Kleinen bleiben auf der Strecke - die Dummen sind wir alle, Der Volkswirt 197o, Nr. 39, S. 48.

Schneider, G. u. Gerkens, H.: Der Hang zur Konzentration. Die EWG verändert die ökonomische Landschaft der Partnerländer, Wirtschaftsdienst, Hamburg 1965, S. 255 ff.

Schneider, H.K.: Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 2o/I, 2.A., Berlin 1971, S. 437 ff.

Schultes, W.: Konzentration und Kontrolle, marktwirtschaft 197o, Heft 7, S. 38 ff.

Schulz, G.: Über Entstehung und Formen von Interessengruppen in Deutschland seit Beginn der Industrialisierung, Politische Vierteljahresschrift II 1961, Nr. 2, S. 124 ff.

Schumacher, H.: Auf dem Weg in die geplante Wirtschaft? Bemerkungen zu J.K. Galbraiths Buch "Die moderne Industriegesellschaft", Wirtschaftsdienst, Hamburg 1968, S. 392 ff.

Derselbe: Die ökonomische Macht multinationaler Unternehmen, WuW 1973, S. 5 ff.

Schürmann, L.: Kartellgesetzgebung und Privatwirtschaft, in: Die Frage einer schweizerischen Kartellgesetzgebung. Eine Artikelreihe der "Neuen Zürcher Zeitung", Zürich o.J., S. 39 ff.

Schwartz, L.B.: Monopoly, Monopolizing, and Concentration of Market Power: A Proposal, in: Perspectives on Antitrust Policy, Ed. A. Phillips, Princeton (N. J.) 1965, S. 117 ff.

Schwenk, E.H.: Der Marktbegriff, WuW 196o, S. 3 ff.

Scitovsky, T.: Ignorance as a Source of Oligopoly Power, AER 195o, Vol. 4o, P.P., S. 48 ff.

Segelmann, F.: Probleme der Unternehmenskonzentration, marktwirtschaft 1971, Heft 1/2, S. 5o ff.

Derselbe: Es war allerhöchste Zeit. Zum Konzentrationsprozeß und zur Einführung einer Konzentrationskontrolle, Wirtschaftsdienst 1973, S. 351 ff.

Seibt, H.: Messung der Konzentration, Wirtschaftsdienst 1969, S. 4o8 ff.

Seidenfus, H.St.: Sektorale Wirtschaftspolitik, Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Hrsg.: W. Ehrlicher, I. Esenwein-Rothe, H. Jürgensen u. K. Rose, Bd 2, Göttingen 1968, S. 287 ff.

Derselbe: Kurzfristige und langfristige Wirkungen des Wettbewerbs - Ein Beitrag zur rationalen Wirtschaftspolitik, Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für E. v. Beckerath zum 75. Geburtstag, Hrsg.: N. Kloten, W. Krelle, H. Müller u. F. Neumark, Tübingen 1964, S. 673 ff.

Derselbe: Die Wandelbarkeit des Wettbewerbsbegriffs, in: Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hrsg. Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Köln-Berlin-Bonn-München 1968, S. 83 ff.

Sohmen, E.: Wettbewerb, Konzentration und ökonomische Effizienz. Vom Verfasser durchges. Übersetzung von R. Dehler, ORDO 1969, Bd XX, S. 123 ff.

Söhngen, O.: Religion und Wirtschaft. Theologische Erwägungen zu Alfred Müller-Armacks religionssoziologischen Untersuchungen, in: Wirtschaft - Gesellschaft und Kultur, Festschrift für Alfred Müller-Armack, Hrsg.: F. Greiß u. F.W. Meyer, Berlin 1961, S. 5o1 ff.

Sölter, A.: Von der Wettbewerbswirtschaft zur Wettbewerbsbewirtschaftung?, Der Volkswirt 197o, Nr. 16, S. 48 ff.

Derselbe: Wider eine nationale Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 197o, S. 45 ff.

Spengler, J.J.: Vertical Integration and Antitrust Policy, The Journal of Political Economy 195o, Vol. 58, S. 347 ff.

Stackelberg, H. von: Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung, ORDO 1949, Bd II, S. 2oo ff.

Stahlmann, J.: Sollte durch Fusionskontrolle der Wettbewerb intensiviert werden?, Der Volkswirt 197o, Nr. 5, S. 23.

Staratzke, H.-W.: Plädoyer für eine Monopolkommission, Der Volkswirt 1969, Nr. 46, S. 38.

Stentzl, D.: Eine eindeutige Beurteilung ist nicht möglich, Wirtschaftsdienst, 1973, S. 348 ff.

Stern, K.: Die Neufassung des Art. 1o9 GG, NJW 1967, S. 1831 ff.

Steinbuch, K.: Die Kontrolle der Technik und die Probleme unserer Gesellschaft in Gegenwart und Zukunft, Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Stuttgart 1972, S. 229 ff.

Stigler, G.J.: Monopoly and Oligopoly by Merger, AER 1950, Vol. 40, P.P., S. 23 ff.

Stocking, G.W.: Basing Point Pricing and Regional Development, University of North Carolina Press 1954, S. 38 ff.

Strickrodt, G.: Die Idee einer Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip, Juristenzeitung 1957, S. 361 ff.

Sundhoff, E.: Über die Beziehungen zwischen Marktform und Werbung, in: Betriebsökonomisierung, Festschrift für Rudolf Seuffert, Köln-Opladen 1958, S. 55 ff.

Tacke, B.: Zum Geleit. Geleitwort zu Josef Weis: Wirtschaftspolitische Leitsätze. Eine Dokumentation, Recklinghausen 1966, S. 13 ff.

Tacke, G.: Schadet uns eine Fusionskontrolle?, Der Volkswirt 1970, Nr. 14, S. 34.

Derselbe: Aktuelle unternehmerische Wettbewerbsperspektiven, marktwirtschaft 1970, Heft 5, S. 29 ff.

Telser, L.G.: Advertising and Competition, The Journal of Political Economy 1964, Vol. 72, S. 537 ff.

Thalheim, K.C.: Zum Problem der Einheitlichkeit der Wirtschaftspolitik, in: Festgabe für Georg Jahn, Hrsg. K. Muhs, Berlin 1955, S. 577 ff.

Tolksdorf, M.: Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie als Grundlage der Wettbewerbspolitik, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, Bd 183, Heft 1, Stuttgart 1969, S. 61 ff.

Derselbe: Einführung in die Theorie der Wirtschaftssysteme, Das Wirtschaftsstudium 1974, S. 471 ff.

Tuchfeldt, E.: Das Instrumentarium der Wirtschaftspolitik. Ein Beitrag zu seiner Systematik, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Hrsg. G. Gäfgen, Köln-Berlin 1966, S. 260 ff.

Tucker, R.S.: The Reasons for Price Rigidity, AER 1938, Vol. 28, P.P., S. 41 ff.

Ueber, M.: "Mit diesem Rückzug hatte niemand gerechnet." Spiegel-Gespräch mit Max Ueber, Generaldirektor der Ford-Werke AG, Der Spiegel, Nr. 39 v. 18. Sept. 1967, S. 68.

Villard, H.H.: Competition, Oligopoly, and Research, The Journal of Political Economy 1958, Vol. 64, S. 483 ff.

Visser't Hooft, W.A.: Die Aufgabe der Kirchen in der pluralistischen Weltgesellschaft, Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Stuttgart 1972, S. 1273 ff.

Wallis, von: Steuerrecht und Privatrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NWB, Fach 2, S. 1773 ff.

Watrin, Ch.: Ökonomische Entwicklungsgesetze, in: Wirtschaftspolitische Chronik des Instituts für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln 1966, S. 74 ff.

Weisser, G.: Die Überwindung des Ökonomismus in der Wirtschaftswissenschaft, in: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Berlin 1954, S. 9 ff.

Werner, J.: Das Verhalten im Oligopol als wettbewerbspolitisches Problem, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 1o3. Jahrgang, Basel 1967, S. 211 ff.

Wesemann, H.O.: "Röpkegedenker", marktwirtschaft 197o, Heft 3, S. 23.

Wessels, Th.: "Unternehmenszusammenschlüsse: (II) Wirtschaftliche Problematik", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 1o, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959, S. 552 ff.

Derselbe: Konzentration und Anpassungsprozesse, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 348 ff.

Wiese, L. von: Art. "Wettbewerb (I), Soziologische Einordnung", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 25 ff.

Wiethölter, R.: Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 7o. Geburtstag von Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 41 ff.

Wille, E.: Freiheit und Information, ORDO 1971, Bd XXII, S. 159 ff.

Willeke, R.J.: Art. "Marktformen", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 7, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 136 ff.

Willgerodt, H.: Wirtschaftskonzentration unter der Lupe, ORDO 1963, Bd XIV, S. 335 ff.

Wirz, H.B.: Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle, WuW 1973, S. 25o ff.

Wittkämper, G.W.: Grundgesetz und Interessenverbände. Die verfassungsrechtliche Stellung der Interessenverbände nach dem Grundgesetz, in: Staat und Politik, Hrsg. E. Fraenkel u.a., Bd 5, Köln-Opladen 1963, S. 3 ff.

Wittmann, W.: Konzentrationsprobleme in der Betriebssphäre, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS, N.F., Bd 22, Berlin 1961, S. 267 ff.

Wittnebert, F.R.: Größe contra Rentabilität. Die Chancen der Kleinunternehmen, (Copyright by Christ und Welt und Harvard Business Review), Christ und Welt v. 27.2.197o, Nr. 9, S. 21 f.
Originaltitel: Bigness versus Profitability (Thinking Ahead), Harvard Business Review, The Magazine of Decision Makers 197o, Vol. 48, Heft 1, S. 158 ff.

Wolff, H.J.: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff.

Woll, A.: Die Wettbewerbsordnung ist das demokratischste Lenkungsinstrument, Wirtschaftswoche 1971, Nr. 3, S. 37 ff.

Würdinger, H.: Freiheit der persönlichen Entfaltung. Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 3. Jahrgang, S. 721 ff.

Derselbe: Exportkartell und EWG, WuW 196o, S. 313 ff.

Zacher, H.F.: Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 7o. Geburtstag von Franz Böhm, Hrsg.: H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 63 ff.

Ziersch, G.: Der BDI-Ausschuß für Wettbewerbsordnung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zehn Jahre Kartellgesetz, 1958-1968. Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, hrsg. vom Arbeitskreis Kartellgesetz im Ausschuß für Wettbewerbsordnung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, Bergisch Gladbach 1968, S. 444 ff.

Zuck, R.: Bundeskartellamt und Wirtschaftspolitik, NJW 1971, S. 1633 ff.

Derselbe: Die global gesteuerte Marktwirtschaft und das neue Recht der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, S. 13o1 ff.

IV. Materialien und Sonstiges

Amerikanische Untersuchungen:

1. Hearings:

Administered Prices, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee of the Judiciary, United States Senate, Washington D.C. (U.S. Government Printing Office) 1959.

Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee of the Judiciary, United States Senate, Washington D.C. (U.S. Government Printing Office) 1965.

Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate, 90th Congress, 2nd Session, Washington D.C. (U.S. Government Printing Office) 1968.

2. Reports:

Reports of the Federal Trade Commission on the Merger Movement, A Summary Report, F.T.C., Washington D.C. 1948.

U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust and Monopoly, 84th Congress, 2nd Session, Report: Bigness and Concentration of Economic Power. A Case Study of the General Motors Corporation, Washington D.C. (U.S. Government Printing Office) 1956.

Staff Report to the Federal Trade Commission. Economic Report on Mergers and Vertical Integration in the Cement Industry, Washington D.C., April 1966.

Europäische:

The Problem of Rising Prices. Gutachten im Auftrag der OEEC, erstellt von W.F. Fellner, M. Gilbert, B. Hansen, R. Kahn, F. Lutz, P. de Wolff, OEEC-Publications, Paris, May 1961.

Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1952 bis 1962, Ergebnisse - Grenzen - Perspektiven, Brüssel 1963.

15. Jahresbericht der Hohen Behörde, Luxemburg 1967.

Report by the Secretary General, OECD (Hrsg.), Inflation. The Present Problem, Dec. 1970.

Deutsche:

1. Gesetzesentwürfe:

Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und Minderheitsgutachten, vorgelegt am 5.7.1949 (Frankfurt) dem Direktor der Verwaltung für Wirtschaft Prof. Dr. Erhard von den Mitgliedern: W. Bauer, F. Böhm, C. Fischer, P. Josten, W. Köppel, W. Kromphardt, B. Pfister. Zitiert als Entwurf 1949.

Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 1953, Drucksache 1158.

Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2o. März 197o, Der Bundesminister für Wirtschaft, I B 5 - 22 13 53 -

Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, überarbeitete Fassung vom 28. Oktober 197o, Der Bundesminister für Wirtschaft, I B 5 - 22 13 53 -

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, (Gesetzesentwurf der Bundesregierung), Drucksache VI/252o.

2. Bundestags-Drucksachen und -Berichte:

III/7o2; III/1279; IV/617; IV/232o; IV/2564; V/231o; V/2841; V/4236; V/4574.

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, zu Drucksache 3644 der 2. Wahlperiode.

Stenographischer Bericht über die 82. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15.1o.1959.

3. Gutachten:

W.F. Fellner u.a., The Problem of Rising Prices, OEEC-Gutachten, o.O. 1961.

Gutachten zum Wettbewerbsproblem, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband, Göttingen 1962.

Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium vom 31. Oktober 1964: Zusammenwirken staatlicher und nichtstaatlicher Kräfte im Bereich der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung, Bd 6, Göttingen 1966.

Jahresgutachten des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung:
a) 1967 BT-Drucksache V/2310
b) Sondergutachten 1968 BT-Drucksache V/4574
c) 1969 BT-Drucksache VI/100
d) 1971 BT-Drucksache VI/2847
e) 1972 BR-Drucksache 612/72
f) 1973 BT-Drucksache VII/1273
g) 1974 BT-Drucksache VII/2848

4. Berichte:

Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet:
a) 1959 BT-Drucksache III/1795
b) 1968 BT-Drucksache V/4236
c) 1969 BT-Drucksache VI/950
d) 1970 BT-Drucksache VI/2380
e) 1971 BT-Drucksache VI/3570
f) 1972 BT-Drucksache VII/986
g) 1973 BT-Drucksache VII/2250

Jahreswirtschaftsberichte der Bundesregierung:
a) 1970 BT-Drucksache VI/281
b) 1971 als Beilage zum Jahresgutachten 1970 des Sachverständigenrates, BT-Drucksache VI/1470
c) 1973 BT-Drucksache VII/225
d) 1974 BT-Drucksache VII/1646
e) 1975 BT-Drucksache VII/3197

V. Entscheidungen

Brown Shoe Company v. United States
United States Reports: Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Vol. 370 (1962), S. 323 f.

United States v. Aluminium Company of America and Cupples Products Corporation
Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States, Vol. 233 (1964), S. 728.

United States v. Du Pont de Nemours Company
United States Reports: Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Vol 351 (1956), S. 377.

United States v. Du Pont de Nemours Company
United States Reports: ..., Vol. 353 (1957), S. 606

United States v. General Dynamics Corporation
Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States, Vol. 246 (1965), S. 161.

United States v. Griffith
United States Reports: Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Vol. 334 (1948), S. 1o7 f.

United States v. Lever Bros. Company
Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States, Vol. 216 (1963), S. 898.

United States v. Manufacturers Hanover Trust Company
Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States, Vol. 24o (1965), S. 95o.

United States v. Maryland and Virginia Milk Producers Association
Federal Supplement: Cases Argued and Determined in the District Courts of the United States, Vol. 167 (1958), S. 8o5.

United States v. Von's Grocery Company
United States Reports: Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Vol. 384 (1964), S. 3o1.

Lebenslauf

Am 22. April 1943 wurde ich, Hergen Sander, als einziges Kind des Gesundheitsaufsehers Ernst Sander und seiner Frau Annette, geb. Tantzen, in Wattenscheid geboren. Ich bin evangelisch und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Vom 1.4.1949 bis zum 31.3.1953 besuchte ich die Volksschule in Wattenscheid und anschließend das dortige mathematisch - naturwissenschaftliche Gymnasium, das ich am 23.2. 1962 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Mit dem SS 1962 nahm ich für drei Semester in Hamburg das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften mit dem Schwerpunkt Jura auf. Danach ging ich für zwei Semester nach Heidelberg, blieb jedoch nur ein Semester dort und verbrachte das zweite als Austauschstudent in Berlin. Von Berlin wechselte ich nach Münster, um mich auf das erste Staatsexamen vorzubereiten, das ich am 14.1.1967 vor dem OLG Hamm ablegte.

Nach vorübergehender Beschäftigung als wissenschaftliche Hilfskraft im Fachbereich Rechtswissenschaft nahm ich dann mit dem WS 1967/68 an der Universität Münster als Stipendiat der Volkswagenwerk - Stiftung das Studium der Volkswirtschaftslehre auf. Am 9.1o.197o erhielt ich das Diplom als Volkswirt.

Anschließend begann ich den Referendardienst im OLG-Bezirk Hamm und übernahm gleichzeitig eine Lehrtätigkeit im Fachbereich Wirtschaftswissenschaften. Nachdem ich am 2o.12.1974 die zweite juristische Staatsprüfung bestanden hatte, verwaltete ich vom 1.1.1975 bis zum 31.3.1975 eine Assistentenstelle im Fachbereich Wirtschaftswissenschaften. Seit dem 1.4.1975 bin ich als Regierungsrat zA im Dienst der Finanzverwaltung NW tätig.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 11.2.1976 ab.